495

16

POR

D. FERNANDO IOSEPH ARGOTE

VEYNTIQVATRO DE LA Ciudad de Cordoua, y señor de la villa de Sã-cho-Miranda, y Sancho-Mirandilla,

C O N

DOÑA CATALINA FERNANDEZ DE ARGOTE y Aguayo, y don Iuan Fernandez de Argote y Aguayo Veyntiquatro de la dicha Ciudad.

POR

D. FERNANDO

JOSEPH ARGOTE

VEYNTIQVATRO DE LA

ciudad de Cordova, y vecino de la villa de Es-

cio-Mirandes, y Sandio-Miranda,

CON

DIFERENTES fundaciones de mayorazgos se han presentado en este pleito por las partes, que por la vniformidad de ellas en la substancia, y llamamientos, es forçoso reduzirlas à omnimoda vniformidad, en lo que su contextura lo permitiere; porque vna es de el mayorazgo de tercio y quinto, que instituyò Doña Francisca de Aguayo en 15. de Setiembre de 1547. en fauor de Don Diego de Argote su nieto; y esta fundacion, y la de D. Alonso de Argote, hijo de la dicha Doña Francisca, que se fundò en vn mismo dia, de vnas casas principales, en fauor del dicho Don Diego, es vna misma cosa, porque ambas contienen vnos mismos llamamientos.

Num.1. Las fundaciones de Doña Francisca de Aguayo y de don Alonso de Argote su hijo, conuienen en la substancia.

Otra es la del mayorazgo que del tercio de sus bienes fundò Doña Ynes de Aguilar, hermana del dicho Don Alonso de Argote, por su testamento a los siete de Setiembre del mismo año de 47. que ratificò por escritura del mismo mes y año; à la qual fundacion, el dicho Don Diego de Argote por escritura de 31. de Mayo de 1596. y por el testamento que otorgò en 10. de Diziembre de 1612. agregò algunos bienes debaxo de los mismos llamamientos, y condiciones.

Num.2. Y la fundacion de doña Ynes de Aguilar.

Y finalmente se ha presentado la fundacion, que con facultad Real hizo la dicha Doña Francisca de Aguayo, en 22. de Abril de 1548. en que incluyò los bienes de essotras fundaciones, y añadiò algunos, llamando en primero lugar al mismo Don Diego de Argote.

Num.3. Y la vltima de la dicha doña Francisca.

La dicha Doña Catalina Fernandez de Argote, pretende la tenuta, y possession de los dichos mayorazgos, fundandose en la naturaleza regular dellos, y en que es hija de Don Alonso Fernandez de Argote de la Casa 9. del memorial, vltimo possedor, y en particular la de los bienes de la fundacion de Doña Francisca de Aguayo, y Alonso de Argote, y Doña Ynes de Aguilar, de quib. n.1. & 2. fundandose en que fueron irreuocables, y de succession regular, reconociendo la dificultad de su pretension en la vltima fundacion de la dicha Doña Francisca.

Num.4. Pretẽsion de doña Catalina de Argote por lo regular.

Don Iuan de Argote el de la Casa 13. la pretẽde por de agnacion, fundandose en la disposicion que la dicha Doña Francisca de Aguaio hizo del tercio, y quinto de sus bienes con facultad Real, fundado en dos cosas. La vna, que la dicha fundacion incluye los bienes de las demàs fundaciones, por auer quedado reuocables. La otra, que en ella se fundò vn mayorazgo de verdadera agnacion, y que èl es agnato, y descendiẽte por linea de varones de Don Alonso Fernandez de Argote, y Don Diego Fernandez de Argote de las Casas 2. y 4. del Arbol

Num.5. Pretẽsion de dõ Iuan de Argote por derecho de agnacion.

bol, primeros llamados; y que esta calidad no cócurre en doña Catalina, ni en don Fernando Ioseph sus colitigantes.

Num.6. Pretensiones de don Fernãdo Ioseph de Argote por derecho de simple masculinidad.

Don Fernando Ioseph de Argote, no contradize el auerse de gouernar la sucesion de dichos mayorazgos, y determinacion de la tenuta dellos, por la fundacion que hizo la dicha doña Francisca de tercio y quinto con facultad Real, antes sus Abogados defienden lo mismo; pero pretende, que por qualquiera de las dichas fundaciones, y por todas le pertenece la sucesion, y tenuta de los dichos mayorazgos, como a varon, y descendiente de la linea efectiua, más cercano al vltimo possedor, y ser las dichas fundaciones de simple y nuda masculinidad.

Num.7. A tres inspectiones se reduce este discurso.

Lo qual supuesto; lo primero que se ha de ajustar es, si se ha de gouernar la sucesion, y tenuta de estos mayorazgos por la vltima fundacion de tercio y quinto de la dicha doña Francisca. Lo segundo, si auiendose de gouernar por esta vltima fundacion se ha de tener por de naturaleza regular alomenos en esta vacante como doña Francisca pretende, ò por de agnació en que funda su pretension don Iuan de Argote, ò como de masculinidad, que es por donde pretendemos introduzir el derecho de don Fernando. Lo tercero, si auiendose de considerar cada qual de las tres especies de fundaciones de por si, el derecho de los Opositores tendrà diferente calidad, o mas fundamento, segun la pretension de cada vno.

Num.8. Diuidese esta informaciõ en tres partes.

Qua propter, para mayor claridad, y distincion, ha parecido diuidir este discurso en tres partes, para resoluer en la primera, que la sucesion, y tenuta de estos mayorazgos sobre que se litiga, y su determinacion se ha de gouernar por la escritura de fundacion que hizo de tercio y quinto doña Francisca de Aguayo de la Casa r. de el Arbol. Y en la segunda, que auiendose de gouernar por ella, don Fernando Ioseph es quien tiene conocido derecho en esta vacante en exclusion de doña Catalina, y don Iuan, y en la tercera, que lo mismo procederá quádo se huuiesse de gouernar, y determinar esta causa, atendiendo à las primeras fundaciones de las dichas doña Francisca, y doña Ynes, y a la vltima de la dicha doña Francisca separadamente.

PRIMERA PARTE.

Num.9. Don. Francisca de Aguayo reduxo à vna fundacion indiuidua, y vniforme todas las que se hã presentado en este pleito.

DE la voluntad de la dicha doña Francisca, no se puede dudar auer sido de fundar vn mayorazgo indiuisible del tercio, y quinto de sus bienes, y de los comprehendidos en su primera fundacion, y en la de la dicha doña Ynes su hija en la dicha vltima fundacion que hizo con facul-

tad

tad Real, porque como de ella consta, ellos por ellos los especifica, y sobre todos funda, y a todos graua con las mesmas condiciones, y llamamientos de lo que se puede dudar es de la potestad que tuuiesse para poderlo hazer, porque si se atiende a el tercio y quinto de sus bienes, ya auia dispuesto de ellos por donacion entre viuos, y por causa de matrimonio en fauor del dicho don Diego de Argote su nieto, como parece de las capitulaciones matrimoniales, q̃ se otorgaron entre el dicho don Diego, y doña Eluira de Herrera con quien casò, memorial pag. 1. y por la primera escritura de fundacion en fauor de sus hijos, y descendientes, memor. eadem pag. a la buelta.

Siquidem perfecta donatio non potest aliquam cõditionem contrariam additiuam seu detractiuam recipere, ex vulg. textu in l. perfecta donatio. C. de donationib. quæ sub mod. maximè, en terminos de fideicõmissos y mayorazgos, l. cũ filius, ff. de militar. testam. l. filius familias, §. cum pater, delegat. 1. l. cum pater, §. Titio fratri, ff. deleg. 2. latè Molina de primog. libr. 1. c. 8. n. 37. & Castillo controuers. lib. 3. c. 10. n. 7. y siendo por causa de matrimonio por la l. 17. y 44. de Toro, adeòque, el consentimiento del primero llamado nihil proficiat Molina vbi proximè lib. 4. c. 2. n. 77. & alij plures, puesto que su aceptacion aprouechò a tódos los succssores, como pareze lo resuelue los DD. referidos, y otros que ellos refieren.

Num. 10. Proponese el argumẽto de auer sido esta fundaciõ irreuocable

Sed hoc fundamentum excluditur, aduirtiẽdo, que la dicha fundacion del tercio y quinto, que la dicha doña Frãcisca hizo era por su naturaleza reuocable, còforme a las leyes 17. y 44. de Toro, y pues conforme a ella pudiera reuocarla en todo, pudo alterar las condiciones, y llamamientos de la primera, argu. tex. in l. iuris gentium 2. §. adeo, ff. de pact. ibi: *Si igitur in totum potest cur non, & pars eius, pactione mutari potest*, nõ obstãte fuesse hecha porcausa onerosa de matrimonio, y aceptada por el primero llamado en que consiste la mayor fuerça del fundamẽto cõtrario.

Num. 11. La disposicion de tercio y quinto hecha por doña Francisca se pudo reuocar, y modificar.

Porque en la dicha fundacion se incluyen dos disposiciones, vna la mejora de tercio y quinto que la dicha doña Frãcisca hizo en fauor de don Diego de Argote su nieto, por causa del matrimonio tratado con doña Eluira de Herrera; la otra la misma fundacion del mayorazgo por los llamamientos q̃ en ella se refieren, la primera disposicion fue pura y precisa, y por causa del dicho matrimonio, pero la dela dicha fundacion de mayorazgo voluntaria, y dependiente toda ella de la facultad libre de la dicha doña Francisca, como de la contextura de las capitulaciones consta, memor. f. 1. ibi: *Primeramente, que la señora doña Francisca de Aguayo haga mejoria al dicho Diego de Argote su nieto del tercio y quinto de todos sus bienes muebles, y rayzes, y que jure la dicha mejora, el qual le pueda vincular.*

Num. 12. Aunq̃ la mejora de tercio y quinto hecha porcausa onerosa fuesse precisa, no lo fue la fundacion de mayorazgo, si no mere voluntaria.

Num.13. D. Francisca pudo dexar los bienes ẽ calidad de libres, y fue vista conformarse con la naturaleza del acto.

Circa quod duo notatu digna sunt considerandaprimumq; pudiera la dicha D. Francisca dexarse los dichos bienes en terminos de libres, y no vinculados, illud enim importat, la palabra *pueda*, l. sæpe, ff. de offic. præsid. l. 1. C. quomod. & quãd. iud. plures quos refert, & sequitur Barb. de dictionib. dict. 268. à n. 1. Alterum, que quando viniera quedado doña Frãcisca obligada a hazer mayorazgo (que en ninguna manera lo quedò) fuera visto sujetarse a la naturaleza dela mejora, y no querer renũciar todo aquello q̃ dentro de los limites de ella pudiesse obrar, y disponer, l. exempto 11. §. 1. ibi: *Quod si nihil conuenit ea præstabuntur, quæ naturaliter insunt huius iudicij potestate*, ff. de action. empti. l. 1. §. si quis sub cõditione, ff. vt legator. nomin. caueat. l. si stipulatus, ff. de vsur. quo argum. plurib. relatis, D. Iuã del Castil. lib. 5. cõtrouers. c. 76. per totũ resoluit Patrem quiex causa onerosa promisit filium meliorare posse vti beneficio, & dispositione legis 27. Taur. & iuxta ordinẽ ibi pręcriptum naturam què actus substitutiones, & summissiones adiicere nec censeri renũciasse his quæ ex natura actus illi competerent.

Num.14. Y pudo poner las cõdiciones, y llamamientos del mayorazgo a su aluedrio cõforme a las leyes de Toro.

Et ideo, lo que quisieron los contrayentes fue, que en quanto a la mejora de tercio y quinto, la obligacion de doña Frãcisca fuesse precisa, pero que el auer de vincularla fuesse voluntario, y no forçoso, ac per consequens, ella pudo poner las condiciones que quisiesse al dicho mayorazgo añadir, y quitar, rooties quoties, le pareciesse mayormente, ajustandose con la facultad, que dan lasdichas leyes 27. y 44. de Toro de poder poner todos, y qualesquier grauamenes y condiciones, q̃ al fundador le pareciere, guardando el orden gradual entre los descendiẽtes, ascendiẽtes, y transuersales, como la dicha doña Frãcisca lo hizo en la primera, y segũda fundaciõ del dicho tercio y quinto.

Num.15. La disposició se hizo reuocable, cessando la causa onerosa.

Et pari modo, cessando ya la causa onerosa de la dicha fundacion, se quedò la dicha disposicion de su naturaleza reuocable, y sujeta a la voluntad de la dicha D. Francisca, non enim nouum in iure est, que lo que se estipula, o dà por causa del matrimonio sea irreuocable, cõsiderada la causa onerosa, y en lo demas se quede en terminos de reuocable, vt in l. fin. §. si à socero, ff. quæ in fraud. creditor. cum adductis per Tiraquel. in l. si vnquam verbo donatione largitus, n. 4. y 79. C. de reuocand. donat. Pinelo in l. 1. 3. p. nu. 62. ilacion 31. C. de bon. mater. optimè Mieres 1. p. q. 24. n. 144. additio ad Molinã lib. 4. c. 5. n. 73. vers. *In qua materia.*

Num.16. Resolucio de lo dicho en los numeros precedẽtes.

Y assi pudiendose conforme a la dicha l. 27. condicionar los llamamientos cõ la calidad de varonia, y otras qualesquiera q̃ se quieran poner entre los descendiẽtes [como lo son todos los q̃ litigan] ex D. Molin. lib. 2. c. 12. n. 53. vbi additio Gutier. lib. 3. pract.

pract. q. 55. n. 4. Castill. lib. 5. c. 99. per totum. No parece se puede dudar del valor de la segunda disposicion, y exclusion de hembras que en ella ay.

Sin que sea de consideracion las clausulas de constituto, reserua de vsufruto, y otras qualesquiera q̃ tengan fuerça de tradicion, porque demas de ser consecutiuas, y executiuas, que no mudan, ni alteran la naturaleza de la disposicion, ex latè traditis à D. Molin. lib. 4. c. 2. per totũ, no causan irreuocabilidad sin aceptacion legitima de los donatarios, l. quod meo, §. 1. l. quem admodũ, ff. acquir. poss. l. si ego, ff. de negot. gest. D. Molin. post alios, d. c. 2. n. 64. y aunque la vuo de don Diego, en cuyo fauor se hizo la dicha primera fundacion con consentimiento, se pudo despues alterar por la segunda, que con facultad Real despues se hizo, ex traditis per DD. in l. perfecta donatio, C. de donation. quæ sub mod. Curtius iun. cons. 120. n. 9. libr. 1. Castillo lib. 3. cap. 10. n. 40.

Num. 17. La clausula de constituto, y las semeãjtes no haze irreuocable la disposicion, q̃ no fue aceptada

Quod procedit, no solo en quanto al perjuyzio ò del mismo dõ Diego, sino tambien de los demas llamados, porque juzgandose tãras las donaciones, como son las personas en cuyo fauor se hazen los llamamientos, vt latè tradit D. Molin. lib. 1. c. 1. nu. 17. vbi additio, y requiriendose en qualquiera donacion la aceptaciõ del donatario, para que quede irreuocable, es preciso que se pueda reuocar consintiẽdolo el primero en perjuyzio de los demas, vt per tex. in l. 3. ff. de seru. exportand. l. 1. C. si mancip. ita fue. alien. l. 3. ff. de his qui sine manum. ad libert. per l. Aristo. ff. de donat. iuncta l. 3. §. 1. de condict. caus. dat. tradunt Bart. in l. qui Romæ 122. § Flauius, ff. de verb. obligat quẽ ibi sequuntur Imola, Alexãd. Iason. n. 15. Socin. & Duaren. Alexand. Trẽtacinq. lib. 3. variar. tit. de donat. resolut. 1. à n. 13. Greg. in l. 7. tit. 4. part. 5. glos. 4. vbi etiam Hermosill. n. 1. & 3. Cancer. lib. 1. variar. c. 8. n. 31. Fabius de Ann. cons. 32. lib. 1. Marta, cõs. 6. à n. 25. & de succes. legal part. 4. q. 21. art. 9. n. 24. Surd. decis. 209. à n. 13. Seraphin. decis. 724. n. 8. Thesaur. in addit. ad eius Patrem, decis. 70. lit. D. Anton. Fab. lib. 8. Cod. tit. 35. de donation. quæ sub mod. definit. 2. D. Ioan. Franc. del Castil. decis. 103. n. 23.

Num. 18. Consintiẽdo el primero donatario la reuocaciõ perjudica a los siguientes.

Y aunque el señor Molin. y otros lo quieré limitar en los mayorazgos, por dezir q̃ la aceptaciõ del primer llamado obra en su fauor, y de toda la familia los fundamentos de la opinion de Bart. tienen ygualmẽte lugar en este caso, sin que se pueda dar razon de diferencia por juzgarse, como donaciõ diuersa en cada vno de los llamados, y que no son donaciones simples, sino ob causam, por las condiciones, y grauamenes q̃ suceden tener, y assi es mas preciso en ellas la aceptacion, vt ipse D. Molin. animaduertit, d. lib. 4. c. 2. n. 69. vers. *Quod in Hispanorum.*

Num. 19. Respuesta a la dottrina del señor Molina, que esta donaciõ no se tiene por simple, sino ob causam.

Y en

Num.20. La disposiçió de mayorazgo, no se à de tener por irreuocable, respeto de vno, y por renocable respeto de otros

Y en los terminos de nuestras fundaciones cõcurren circunstancias que asseguran mas la resolucion q̃ se và fundando, nempè, que es cosa diuersa tratar de si semejantes disposiciones, respeto de los siguientes llamados, que dá irreuocables sin su aceptacion con solo la del primero: o si la disposicion se euacuára in totum consintiendolo el primero llamado; porque en la prime ra especie parece que tiene dissonancia, que vna misma disposicion de mayorazgo, respeto de vno sit irreuocabilis respectu autem aliorum reuocabilis maneat [aunq̃ en estos terminos procede la resolucion que queda fundada] y es cosa muy ordinaria in iure quod vnus, & idem actus pro vna parte sit reuocabilis, & aliorum respectu reuocabilis maneat iuxta Baldi doctrinam, in l. Auia notabilis, C. de iure deliberandi, & in l. testamentum, C. de testam. & cum Menoch. & alijs Mieres, de maiorat. 1. p. q. 23. à num. 33.

Num.21. El consentimiẽto del primero llamado, para q̃ se reuocasse, o alterasse la fundacion, fue bastãte para todos.

Pero en la segunda corre diferentissima razon, porque el primero y principal interessado (como lo fue don Diego de Argote primero llamado, y por cuya causa se hizierõ las capitulaciones y primera funcacion) consintio en q̃ se alterasse, y se hiziesse la segunda fundacion, & sic nil mirum, quod contraria voluntate, & consensu tota dispositio euacuetur non solum respectu ipsius principalis, ex l. 1. ff. quand. liceat à venddition. disced. li si sine volũtate, C. ad S. C. Belleian. l. sicut, §. vendition. ff. quib. mod. pig. vel hypot. soluitur, & cum Suarez, Couarru. Tello, & alijs tradit Mieres, vbi proximè maximè n. 47. sed etiam eorum quibus in consequentiam ex tali dispositione ius acquiritur, & multo facilius vt passim anima duertitur, & comprobatur, en las sentencias, y cosas juzgadas, que vẽcido el primero, y principal posseedor y sucessor lo que dan todos los demas, ex l. ex contractu, ff. de re iud. l. qui repudiantis, ff. ad Trebel. cum similib. latè D. Molin. de primogen. libr. 4. c. 8. per totum, Pereira d. cis. 112. Giurba decis. 1. n. 15.

Num.22. D. Francisca de Aguayo, pudo alterar la disposició de D. Ines de Aguilar su hija, por ser inofficiosa.

Y de la misma manera la disposicion que por su vltima volũtad hizo doña Ines de Aguilar, y confirmò por donacion entre viuos, se pudiera tambien alterar y calificar por la segunda, que despues hizo doña Francisca su madre, con facultad Real, por que conforme a la l. 6. de Toro, no podia disponer mas que de la tercia parte de sus bienes, y era la disposicion inficiosa, y podia por esta razon alterarse, y recebir nueuos grauamenes y condiciones, ex l. Titia 89. §. Lucius, vbi Bart. ff. de legat. 2. Gratis, cõs. 7. n. 43. lib. 2. Castil. d. lib. 3. c. 10. n. 44. & 45. el qual desde el n. 46 con Simon de Pretis, Peregrino, y otros admite lo mismo si se añaden, y aumentan otros bienes mas que los comprehendidos en la primera disposició, y nosotros añadimos la l. si pater puellæ, C. de inoffi. donation. Testamento

Quod

Quod omne, con curre en este caso pues los bienes de q̃ fundò mayorazgo doña Ines de Aguilar, que fuerõ el cortijo de los Palacios, y el de Maria Aparicio, y casas principales de Bujalance, no consta cupiessen en el tercio, y los que se valieren de la dicha disposicion, y pretendieren que cupieron, lo han de prouar, maximè, hallandose doña Francisca como se hallaua en la possessiõ de todos ellos, como heredera vniuersal, ex glos. celebri, in l. cum de lege 29. vers. *Probatio*, ff. de probation. Bart. in l. si constante, n. 7. vbi etiam Alexand. n. 7. Cast. n. 121. ff. solut. matrim. Alciato, reg. 3. præsumpt. 20. Ant. Gabriel, lib. 2. tit probat. clauf. 7. Patian. de probation. lib. 1. c. 46. à n. 24. Mier. 1. p. q. 52. à n. 33. & n. 46. Gutier. de iuram. confirm. 1. p. cap. 1. n. 25. & 26. vbi optimè in terminis nouissimè Noguerol. alleg. 40. n. 19. y el mayorazgo, que con facultad Real hizo doña Francisca, no fue solo de aquellas tres possessiones, sino de otros muchos bienes cõ que pudiera poner nueuos grauamenes, y cõdiciones en su fundacion fuera de que en substancia vienen a ser las mismas, vt ex infra dicendis aparebit.

Num. 23. Quien pretẽde, que los bienes caben en la cantidad de la ley, de inofficios. donat. lo deue prouar.

Cæterùm, que quando los fundamentos referidos no fueron tã concluyẽtes para el juyzio de la propriedad, y pudieran padecer cõtrouersia en el, en este de la tenuta no se puede admitir esta controuersia, porq̃ quando se dixesse, q̃ las nueuas cõdiciones, y llamamientos de la vltima fundacion de D. Francisca, no pudieron consistir en lo q̃ cupiesse en el tercio y quinto de sus bienes, ni en el tercio de los de D. Ines de Aguilar; sino solo en el exceso, y demas bienes q̃ en esta vltima fundaciõ incorporò doña Francisca, no es capaz de esta diuision y separaciõ el juizio de tenuta, ni el remedio de ella, en virtud de las primeras disposiciones ex pluribus.

Num. 24. La controuersia sobre el valor de la fundacion de D. Francisca de Aguayo, no es deste juyzio de tenuta.

Tum, porque para la mejora, y prelegado del tercio, o de tercio y quinto, no compete remedio alguno possessorio, sino solo vna acciõ ordinaria, para pedirlo, vt latè cõprobat Roder. Suar. in l. quoniã in prioribus in declarat. l. Regn. q. 7. à n. 11. quem sequuntur Azeu. in l. 3. n. 16. tit. 13. lib. 4. nouæ Compil. Castil. libr. 3. c. 24. n. 43. Mier. 3. part. q. 19. n. 71.

Num. 25. No se dà remedio possessorio, para la mejora del tercio y quinto, sino acciõ ordinaria.

Lo otro, porq̃ mientras no se haze la liquidacion, y separaciõ de bienes, y se ajusta quales, y en q̃ parte, o cantidad cupierõ en el tercio de los de D. Ines de Aguilar, y tercio y quinto de los de D. Frãcisca de Aguayo, viene a ser cosa incierta, de la qual no se puede pedir, ni dar possessiõn, ex l. 3. §. incertam, ff. de acq. poss. Ripa in l. in quartam, n. 113. ff. ad leg. falcid. Ruin. cons. 51. nu. 6. lib. 4. Cephal. cons. 189. n. 12. lib. 2. Menoch. de recup. possess. remed. 9. n. 221. Gratian. tom. 4. c. 694. n. 12.

Num. 26. Ni para cosa incierta.

Lo otro, porq̃ quando este juyzio de tenuta super bonis ma-

Num. 27.

El juizio posseſſorio no es capaz de alegaciones de nulidad del titulo, nosiẽdo notoria, defacto, & de iure.

ioratus habeat ad mixtam cauſam proprietatis, y ſe pudiera diſputar del valor delas dichas fundaciones, adhuc, en eſte caſo no ſe puede admitir ſemejante diſputa, porq̃ era neceſſario q̃ la nulidad, eſſet notoria notorietate facti, & notorietate iuris; pero quando la nulidad es diſputable, y contiene hinc, inde argumẽtos, no cabe en el juyzio poſſeſſorio, vt probat Innocẽt. in c. veniens el 2. de teſtib. quam doctrinã ſequitur ibi Zauarela, dicẽs eſſe centum manibus notandam Butrius, n. 11. Felin. n. 13. verſ. *Et circa hanc concluſionem*, Giurb. deciſ. 22. per totam, Gratian. tom. 3. c. 439. n. 39. Argelo, de adipiſcen. q. 2. art. 9. ex nu. 333. legendus ex n. 323. Poſth. de manutent. obſeru. 42. n. 143.

Num. 28. Cõfirmatur præcedẽs cõcluſio.

Y la razõ es, porq̃ eſtas excepciones ſe endereçan a la reciſiõ del titulo, de q̃ no es capaz el juizio poſſeſſorio, vt optimè tradunt Achiles deciſ. 15. n. 2. tit. de reſtitut. Spoliator. Gabriel. cõſ. 44. n. 12. libr. 1. Peregrin. art. 48. nu. 31. Rota apud Farinac. deciſ. 998. n. 3. & ſeqq. p. 2. in recentiorib. vbi fuit dictũ exceptionem inualiditatis vnionis reſultantẽ ex defectu poteſtatis illius qui vniuit non fuiſſe admiſſam in iudicio retinendæ poſſeſsionis, vtpotè incapaci ad agendum de inualiditate prædicti tituli vnionis ex Menoch. de retinen. poſſ. rem. 3. n. 683. qui dicit nullitatẽ tituli ſolum admitti in iudicio retinendæ quando ex inſpectione illius euidenter conſtat de nullitate idem traddit Poſt. de manutent. obſeru. 42. n. 145. y el ſeñor Molin. libr. 3. c. 13. n. 55. verſ. *Aut titulus*. Molin. Theolog. de iuſt. & iur. q. 638. n. 4. Auend. in l. 45. Taur. gl. 10. n. 1. Paz detenut. c. 75. n. 2. verſ. *Prædicta tamẽ*, D. Præſ. Valençuela, conſ. 69. n. 89. cum ſeqq. vol. 1.

Num. 29. Para el juyzio poſſeſſorio ſede ue atender al vltimo eſtado.

Vltimamẽte, porq̃ todos los bienes haſta aora han andado jũtos y vnidos, y poſſeydoſe por la fundaciõ vltima de D. Frãcisca de Aguayo, ſin diuidirſe para aplicar à las primeras fundaciones lo que les pudiera tocar, quod erat præciſum, para el intẽto contrario, y los poſſeedores la vez q̃ han pedido la poſſeſsiõ judicial ha ſido en virtud de ella, y eſte vltimo eſtado ſe deue atender en el juizio poſſeſſorio de tenuta, argum. text. in c. conſultationib. de iur. patron. c. quærelam de elect. cũ variis additis per Roder. Suarez in tit. de las herencias, n. 24. Parlador. lib. 3. n. 8. & 19. Caſtill. lib. 4. controuerſ. c. 24. n. 39. & 40. Mier. 3. p. q. 20. n. 1. & ſequentib. Paz de tenut. 2. p. c. 55. per totum.

Num. 30. Las excepciões de D. Catalina, ſe hã de reſeruar para el juizio de propriedad.

De que ſe ſigue que la dicha D. Catalina no puede valerſe en eſte juizio detenuta de las primeras fundaciones, quibus intendit ſibi competere remedium poſſeſſorium de la l. 45. de Toro, nec in alio iudicio poſſeſſorio ſiquidem agendum erat de nullitate tituli poſteriorir ſuper iure, & facto nõ liquido, ſed difficilimo, & intricato vt viſum eſt, ſed remittendã ad iudicium proprietatis, vt omnes ſupradicti DD. reſoluunt, & fulcitur ex tex. in l.

in l.3.§.ibidem,iuncta glos.verb. *Obscurior*, ff. ad exhibendum, l.ille à quo,§.cum de testamento,ff.ad Trebellian.eleganter D. Præs.Valençuela cons.79.n.226. & antcà cons.40.propefinem.

SEGVNDA PARTE.

A La resolucion de tres puntos se reduzirà el discurso de esta segunda parte,y serà comunes a ambas a dos fundaciones de D. Ines de Aguilar hija de D. Frãcisca de Aguayo,la de tercio y quinto, q̃ cõ facultad Real hizo la dicha D.Francisca,por ser enla substancia vna misma cosa,y los llamamientos casi en todo vniformes, por escusar la repeticiõ de vnos mismos fundamentos en el discurso de la tercera y vltima parte de este papel. El primero punto serà la inclusion y llamamiento de D.Fernando Ioseph de Argote, con prelacion conocida eneſta vacante.El segundo,la exclusion de D.Catalina,sin embargo de que sea hija del vltimo possedor.El tercero,la exclusion de don Iuan de Argote [aunque sea como el pretende] descendiente legitimo, y agnato de D. Alonso. y D. Diego de Argote hijo y nieto de la dicha doña Francisca.

Num.31. Diuision dela segunda parte en tres puntos.

PRIMERO PVNTO.

DIZE pues doña Ines en la fundacion desu mayorazgo del tercio,memor.f.2.*Iten,que el dicho mi hermano tenga,y posseа la parte del dicho cortijo de Herrera de los Palacios,y el cortijo de Maria Aparicio,y casas principales de Bujalance todos los dias de su vida,y despues de los dias de la vida del dicho Alonso Fernandez de Argote mi hermano,vengan,y los aya el hijo varon legitimo de legitimo matrimonio del dicho don Alonso, y no legitimado, y despues del su nieto,y visnieto,y los descendentes de ellos varones mayores delegitimo matrimonio nacidos,y no legitimados,y assi vaya discurriendo,y sucediendo el dicho tercio,y bienes del,por los descendientes del dicho Alõso Fernandez de Argote varones mayores de legitimo matrimonio para siempre jamas,y anden todauia,y en todo tiempo juntos y vnidos de varon en varon mayor discurriendo,y sucediendo por la linea masculina,y en defeto de varon suceda en ellos la hija mayor legitima que sea nacida de legitimo matrimonio que se llame,y tenga el nõbre y apellido de Argote, y lo aya con tal condicion que se aya de casar con el deudo mas cercano que a la sazon viuiere de los de Argote que se pueda hazer sin dispensacion,o con ella.*Luego llama a los hijos,y descẽdientes varones de la tal hija, y passa a otros llamamiãtos en la misma cõformidad,y contextura, y en la fundacion de la dicha D. Francisca se observa la misma forma, y llamamientos que aqui no re-

Num.32. Refiereſe la causa dela fundaciõ de doña Ines de Aguilar.

no referimos por auerlo de hazer quando lleguemos a la ponderacion de ellos mas en particular.

Num.33. D. Fernãdo Ioseph de Argote se halla con expresso llamamiẽto en esta vacante.

De suerte, que en primero lugar està llamado Alonso Fernãdez de Argote, y en segũdo D. Diego su hijo mayor, y su nieto varon, y sus descendientes varones de varon en varon por la linea masculina, y assi auiẽdo muerto D. Alonso Fernandez de Argote vltimo possedor se sigue, & subintrat vocatio, & substitutio alterius masculi descendentis ex eadem linea, como lo es D. Fernando Ioseph, iuxta text. in l. Iuris Consultus, §. ab nepos, ff. de gradib. donde se hallan puestas las mismas palabras, ibi: *Filius, nepos, pronepos, & l. Gallus, §. etiam, ff. de lib. & posth.* ibi: *Vt si filium, & nepotem, & pronepotem habeas.* Dondo notan los DD. q̃ la palabra *nieto*, se ha de entender del hijo inmediatamente nõbrado, y la palabra, *bisnieto*, del nieto inmediato, y assi los demas, vt in l. si emancipatus, §. filius, ff. de bonor. poss. secund. tabul. ibi: *Filio emancipato si nepos præteritus sit*, l. si retẽtus eod. tit. ibi: *Si emancipatus filius nepote in potestate relicto*, & in l. 3. tit. 13. part. 6. Authẽ. de hæredib. ab intest. §. 1. & 2. l. vlt. C. de suis, & legit. hęred. §. itẽ vetustas, inst. de hęred. quæ ab intest. deferũt, quæ iura ad propositũ optimè expẽdũt Bald. Salic. & alij in l. 2. C. de success. edict. quos & alios refert Fulgos. cons. 85. n. 1. & 2. Mantic. de cõiect. lib. 8. tit. 18. à n. 11. cum sequentib.

Num.34. Porque se halla cõ la calidad de varon, y descendiente.

Y la razon (conforme a los textos, y DD. referidos, y otros q̃ se alegaran) es, porque D. Fernando es descendiente, y es varõ, & sic cõprehendido en los llamamiẽtos, ex proprietate verborum, vt per prædicta iura obseruant Alciat. cons. 104. num. 1. lib. 9. & cons. 15. n. 1. lib. 8. donde aña de, *Quod propter extraneas phantasias Doctorum non est facile recedendum à vi verborum*, Alexan. Raud. cõs. 15. n. 63. & 64. vol. 2. & de Analog lib. 1. c. 15. n. 14. & 15 Ant. Fab. de errorib. decad. 2. error 8. n. 7. ibi: *At qui nepos hic ex filia ex liberis est, & masculus cum ergo ei conueniant verba conditionis quidni obsecro in conditione positus esse intelligitur? aut quid amplius est in nepote ex filio vt videri debeat magis fuisse positus in conditione? An forte magis est ex liberis? An magis masculus? At ex masculo est fateor, sed cur dictionem masculus simpliciter prolata, & sui natura aptam cõprehendere masculos omnes etiam ex fœminis progenitos restringere vo lum? ad masculos ex masculis susceptos*, late Castil. tom. 6. c. 13. ex n. 1.

Num.35. D. Fernando Ioseph sucede como varon.

Y siendo el dicho D. Fernãdo Ioseph descẽdiente varon, y el mas cercano del vltimo posseedor, y de la linea donde entroncò el dicho mayorazgo, ha llegado el caso de su llamamiẽto, ex expressa fundatricis voluntate con prelacion a todos los demas l. cũ ita 33. §. fideicõmisso, de legat. 2. ibi: *Ad petitionẽ eius admitti possunt qui nominati sunt*, l. in testam. 37. ff. de hæred. instituend. l. si mater, §. si filius, ff. de vulgar, l. hęredes mei 57. §. fin. ff. ad Trebellian.

bellian.ibi: l.si filius,§.cum filius,ff.de bon.libertor. ibi: *Qui sequentis gradus sunt nō admittūtur interim*, Hier. Gabr. cōs.69.n.5. vol.2.D.Molin.lib.1.c.6.n.7.Mier.2.p.in initio à n.300.& 375.

Y por ser de los varones dela mejor linea,por auer entrōcado la sucesion en D. Alonso Fernādez su bisabuelo,iuxta traddita per D.Molin.lib.3.c.5.n.48.& 49.& 73.vbi additio Castill. lib.2.c.4.n.143.Molino de pact.nupt.lib.3.q.24.n.163.Menoc. lib.4 prēsumpt.85.à n.4.Farin.decis.344.n.4 p.2. in recētioribus. Sesse decis.254.n.56.tom.3.Ramon cons.10.nu.485. D.Ioseph Vela dissertat 49.n.86.tom.2.

Num.36. Y como descendientes de la linea dōde entrò el mayorazgo.

Y como varon mas cercano a el vltimo possedor,de qualquiera manera,q̄ los grados se cōputen y cōsideren, l.cūita, §. in fideicōmiss.ff.deleg.2.ibi: *Et qui ex his proximò gradu procreati sunt*,de quo latè D.Molin.deprimog.lib.3.c.9.pertotū maximè à n.11.Y es conclusion llana y corriente,y sin controuersia, de suerte,q̄ D.Fernando Ioseph se halla cō el llamamiēto de varō descendiente del primero llamado,en la linea recta donde entroncò la sucesiō, y el mas cercano varō a el vltimo possedor con q̄ excluyda la pretension de D.Catalina porhēbra,y D.Iuā de Argote porvarō de linea mas remota,sin embargo q̄ sea descendiēte por linea de varon, quedarà mas llana la inclusion de D.Fernādo,y corriēte su llamamiento para la sucesion eneſta vacante.

Num.37. Y como mascercano al vltimo possedor.

SEGVNDO PVNTO.

Num.38. La regla superior para suceder, es la de la volūtad del fundador.

AVnq̄ D.Catalina entra fundando en la naturaleza regular delos mayorazgos,linea,y grado mas cercano alvltimo possedor, D Fernando funda en la voluntad de losfundadores,q̄ es la ley superior,y la q̄ en primer lugar se deue obseruar,l.in conditionib.ff.de condit.& demonstr. Authē. de nuptijs,§.disponat.collat.4.l.40.Tauri,in fine. Y por esto solo el q̄ tiene llamamiēto se deue preferir,l.in pluriū 70.ff de acquir.hereditat.ibi: *Prius à scriptis incipiatur, deinde transitus fiat ad eos,ad quos legitima hæreditas pertinet*,Auth.de restitut.fideicōm. §.nos igitur,ibi: *Non qui à lege, sed qui à testatore anteponitur*,& ex dictis sup.n.34.

Num.39. Ad idem.

Et ideò,aunq̄ sea varon mas remoto,hallādose cō llamamiēto,deue preferirse,sin embargo de la assistencia, q̄ D. Catalina tiene del cap.1.§.inter fratā,si defeud.defunct.fuerit cōtrouers. resoluunt Molin.lib.3.c.4.n.44.& 13.n.3. & vtrobique additio Paz de tenuta,cap.30 n.43.Robito cōs.1.à n.13.lib.6. Capicius Galleotus,lib.1.controuersiarum,cap.25.nu.7. idem Molin. in eodem lib.3.in principio.

Num.40.

Cuya prelacion a la dicha doña Catalina es clarà y euidente

El llamamiẽto cõtinuado de varones es exclusiuo delas hẽbras.

por las substituciones de la fundacion dela dicha doña Ines, porque en primero lugar llamò a don Alonso de Argote su hermano, y despues a su hijo mayor varõ, y a su nieto, y visnieto, y a los descendientes de ellos varones, añadiendo, q̃ assi fuesse discurriendo su mayorazgo por los descendientes varones de su hermano, y sucediendo por la linea masculina. In quibus substitutionibus duo capita continentur vnum masculorum inclusiuũ, alterum fœminarum exclusiuum propter ipsos masculos, vt expresse probat texc. in l. 1. C. ad leg. Iul. de adult. ibi: *Quæ cum masculis iure mariti accusandi detulisset nõ idem fœminis priuilegium detulit*, l. quęsitum, §. fed & Papinianus, ff. de fund. instruct. c. Reynald. de testam. Peregr. de fideicom. art. 25. à n. 11. D. Molin. lib. 3. c. 5. à n. 30. qui n. 37. dize: *Quod etiam cessante agnationis ratione eo ipso quod maioratus institutor masculos ad primogenij successionẽ inuitauerit censetur fœminas propter masculos remotiores excludere voluisse idque ex verosimili voluntate, quæ ex verbo masculis elicitur*, a quien todos comunmente sigue, vt testantur Additionatores, & Menoc. cons. 199. n. 20. lib. 11. Surd. cõs. 564. n. 2. Fusar. de substit. q. 311. n. 10. cons. 49. n. 18. assanat. cons. 50. à n. 33. D. Valẽçuel. cons. 113. maximè à n. 5. lib. 2.

Num. 41. Y en este caso se halla preferido el varon no solo en lo dispositiuo, sino en lo cõdicional.

Quæ resolutio fulcitur ex eo quod, no solo en lo dispositiuo de los llamamiẽtos, se halla la inclusiõ de D. Fernando Ioseph, y la exclusion de D. Catalina, sino en lo cõdicional quãdo hizo transito para llamar a las hembras a falta de los varones, como parece de la fundacion, f. 2. a la B. ibi: *Discurriendo, y sucediẽdo por la linea masculina, y en defeto de varon suceda en ellos la hija mayor legitima*. Con que quedarõ las hembras excluydas del gradoõ q̃ pudieran pretender anteponerse a los varones mas remotos, ex doctrina Bart. cõmuniter recepta in l. cũ Auus, n. 4. de cõdit. & demonstr. quẽ sequuntur Mãtic. de cõiectur. libr. 11. tit. 15. n. 1. Menoc. cõs. 1116. n. 12. lib. 11. D. Molin. lib. 3. c. 5. à n. 30. Castil. lib. 2. c. 4. ex n. 79. & lib. 5. c. 92. n. 2. Ant. Faber. de errorib. decad. 28. err. 8. n. 2. Fusar. q. 402. n. 5. quod secũdũ omnes procedit licet substitutio, & positio in conditione sit generalis, & collectiua, & post multos alios idẽ Castil. d. lib. 5. c. 93. n. 12. circa finem.

Num. 42. El llamar varones, y ponerlos en condicion, obra q̃ se antepõgan a las hẽbras aunque sea hijas del vltimo posseedor, no solo quãdo los varones sõ hijos sino tãbiẽ nietos, & ulteriores.

Ac per consequens, el llamamiento de qualesquiera hẽbras, etiã, de las hijas del vltimo posseedor es posterior a el delos varones llamados, y puestos en condiciõ, y en defeto de todos ellos, no solo de los hijos, sino de los nietos, y todos los descẽdientes, iuxta tex. expressum, in d. c. 1. de eo qui sibi tũ ex dictis supr. nu. 34. & 37. tum, por el llamamiento discretiuo de la hija mayor a falta de varones de la descendencia, q̃ influye no tenerle en las substituciones antecedẽtes, ex celebri doctrina Bald. in l. in mul tis, ff. de statu hom. Thesau. decis. 188. n. 16. D. Moli. lib. 3. d. c. 5. n. 37.

n.37.Mier.p.2.q.6.n.65.Sesse decis.254.n.79. Matth.de Afflict. in d.c.1.de eo qui sibi,& hæred.suis nu.4.notab.3. Donde en los mismos terminos, y mucho mas apretados resoluio la duda cõtra la hija del vltimo poffeedor en fauor del varon mas remoto descendienta de hembra,his verbis. *Cõtrarium tamen consului per istum tex. vt fœmina ipsa excludatur à descẽdentibus primogeniti quia illud verbum si sine filijs masculis decesserit intelligitur de descendẽtibus vsque in infinitum*, quẽ se quitur Mier.2.p.q.6.n.261.qui n.265.dicit quod in substitutionibus,& vocationibus ordo vocationum seruari debet,ex l.cũ ita,§ in fideicõmisso,ff delega. 2. l.cũ pater §.à te peto,cod.tit.l.hęredes mei,§.peto à te,ff.ad Trebellian. & quod hoc maximè procedit cũ testator separatim,& alio modo & de per se dispoſuit circa filios masculos tam natos,quam nascituros,& circa descendẽtes masculos ex eis,& separatim,& de per se filias fœminas eas aliter vocando quia hoc casu masculinum non continet fœmeninum.

Num.43. Esta prelacion del varõ mas remoto, se halla mas clara en la disposicio de D. Francisca de Aguayo.

Y aunque queda bastantemente resuelto en fauor de D.Fernando Ioseph cõ el discurso q̃ hasta aqui se ha hecho, sacado de la disposicion de la dicha D.Ines de Aguilar,es mas claro y euidente el intento por la fundacion q̃ D.Francisca de Aguayo hizo con facultad Real, por donde se pretende se ha de gouernar la succesion en esta vacante,porq̃ tiene los mismos llamamientos,y substituciones,q̃ la disposicio de la dicha D.Ines, y de mas a mas exclusion expressa de las hẽbras en quanto vuiere varones descendientes de los varones llamados en primero lugar, como de ella consta,memor.fol.12.ibi: *Otrosi dexo e pongo por condicion que si al tiempo de la muerte de vos el dicho mi hijo, o del succssor, o succssores en este dicho mayorazgo,o quando quiera que por las causas contenidas,y declaradas en este vinculo,y mayorazgo lo perdieren,o dexaren,o no pudieren auerlo, si vos el dicho mi hijo a la sazon no tuuieredes hijo,ni nieto,ni otro descendiente varõ nacido de legitimo matrimonio por la via masculina,a quien pertenezca el dicho mayorazgo,segun que en esta carta,e institucion se contiene,si tuuieredes,o tuuieren hija, a esta tal no la llamo,ni sea llamada al dicho mayorazgo,ni sea; ni pueda ser parte la dicha hija para auer los dichos bienes, saluo que los aya,y vengan al hermano mayor legitimo del posseedor del dicho mayorazgo q̃ falleciosin dexar hijos varones, y despues del su hijo,nieto, bisnieto en los descendientes de ellos varones mayores, por manera, q̃ auiendo varon de la dicha descendencia, no pueda ser llamada muger alguna al dicho mayorazgo, pero en caso que no aya varones en la dicha descendencia legitimas, vengan los dichos bienes a la hija mayor legitima de el tal succssor, e succssores, que fallecio, sin dexar hijos, ni nietos, ni otros descendientes varones, y despues de ella su hijo, nieto, e bisnieto, y los descendientes de ellos varones legitimos, guardando,*

do, e cumpliendo todas las clausulas, condiciones, e prohibiciones en este mayorazgo contenidas, con tanto q̃ la hija e muger llamada a este dicho mayorazgo, sea obligada a se casar, y se case con el pariente que en defeto de ella seria llamado al dicho mayorazgo si fuere dispensable, ganando dispensacion para ello, &c. Cuyas palabras son tan claras, que no parece que admiten disputa, ni question de la volũtad de la fundadora, y que qualquiera vendra a ser abundante, vt alias dixit Iutisconsultus in l. ille aut ille, §. cũ in verbis, ff. de legat. 3. l. cõtinuus, §. cum ita cũ similib ff. de verb. oblig. quas in propria specie extollit D. Molin. lib. 3. c. 5. in princ. ibi: *Non enim admittenda est voluntatis quæstio vbi in verbis nulla ambiguitas inuenitur, l. ille aut ille, &c.*

Num. 44. Propone le tres replicas contrarias.

Quibus suppositis, para la resolucion deste punto, solo resta satisfazer algunas replicas que se han hecho, y puede hazer por parte de la dicha doña Catalina. La primera, que la formacion de los llamamiẽtos, y substituciones de ambas las dichas disposiciones, no fue para sacarlas de su naturaleza regular sino, para introduzir la sucesion, comẽçando desde los varones, prefiriẽdolos a las hembras, hallandose enel mismo grado, y linea a exẽplo de la l. 2. tit. 15. part. 2. ibi: *E porende establecieron, que si fijo varon y non obiesse, la fija mayor heredasse el Reyno.* La segunda, q̃ quando se pueda considerar prelacion irregular de varones, se ha de entender de los de la linea efetiua que descẽdieren por la masculina, y no de los transuersales, y de linea mas remota, maximè descendientes de hembra, como lo es don Fernando Ioseph. La tercera, q̃ a lo mas que se puede alargar la prelacion de los varones mas remotos a la hija del vltimo posseedor, serà conforme a la disposicion de la dicha D. Francisco, a los tios, hermanos del vltimo posseedor que muriere dexando hijas, ponderando para todas las dichas replicas las dotrinas ordinarias, y conocidas, q̃ por tales escusamos su repeticion, y porque en el discurso delas respuestas, se irà haziendo mencion de ellas.

Num. 45. Interpretacion de la l. 2. tit. 15 part. 2. y satisfacion de la primera replica cotraria.

Non enim obstant, & facillimo negotio diluuntur prima etenim excluditur, porque en la ley de Partida auian precedido palabras comprehensiuas de todos los descendientes, sin calidad de varonia, ibi: *Touuieron por derecho que el señorio del Reyno non lo obiesse sino el hijo mayor.* Y refiriendo la costumbre que auia de suceder por derecho de primogenitura en el Reyno, y assi se dixo que si el posseedor no tuuiesse hijo varon, sucediesse su hija conforme a la orden regular, cuya decision es inaplicable a los terminos deste pleyto, a donde el llamamiento que auia precedido en ambas las dos dichas disposiciones, no era regular, sino calificado del hijo, y nieto, y demas descendientes varones de Alonso, y Diego de Argote, y en lo condicional no solo se puso el hijo

el hijo varõ, como en la ley de Partida, sino el nieto, y bisnieto, y demás descendiẽtes varones por la linea masculina, para dar a entender las fundadoras sentian, no solo de los hijos varones inmediatos, sino q̃ querian faltassen todos los descendiẽtes varones de Diego de Argote, como se manifiesta con euidẽcia de las dichas clausulas, ibi: *Y en defecto de varon sucedа en ellos su hijа mayor*, & ibi: *Si vos el dicho mi hijo a la sazõ no tuuieredes hijo, ni nieto descendiẽte varon nacido de legitimo matrimonio por la via masculina a quien pertenezca el dicho mayorazgo, segun que en esta carta se contiene, si tuuieredes, o tuuieren hija, a esta tal no la llamo*, las quales no solo induzen prelacion regular de los varones, sino irregularissima, y excluiua de las hembras, en tanto q̃ los vuiere de la descendencia de los dichos Alonso, y Diego de Argote primero llamados, conforme a los textos, y resoluciones q̃ dexamos referidos, y fundados, *supra à n.37.*

Y por otras tres razones en el punto concluyentes. La vna es, porque entonces se disputa y duda. *Vtrùm*, el llamamiento de los varones ha de ser excluſiuo de las hembras, hijas del vltimo possedor, y de la misma linea y grado, quando solo estan llamados en lo dispositiuo, y despues se sigue el llamamiento de las hembras: no empero quando juntamente estàn puestos en condicion para efeto de llamarlos, *post* masculos. *Tunc enim*, es sin disputa, que han de faltar todos los varones de la linea, aunque sean mas remotos, para que llegue el llamamiento de las hembras. *Quia conditio magis adstringit, quam dispositiua vocatio*, en cuyos terminos es incõcusa la doctrina de Bart. *in l. cum auus, n.4. ff. de condition.* & demonstrat. vt in istis terminis resoluit Ruinus *conſ.92.nu.9.* & 10. *lib.2.* Burg. de Paz *conſ.29.n.47.* Menoch. *conſ.926.num.32.* & 33. *lib.10* ibi: *Respondetur quarto, magnam esse differentiam inter casum, Bart. in d. cum auus, n.4. & casum nostrum. Nam Bart. loquitur, quando qualitas masculinitatis posita est in conditione, sicuti quando ita dicitur. Et si Caius decesserit sine filijs masculis, succedat Mæuius, hoc sane casu, si Caius reliquit solam filiam, non excluditur Mæuius substitutus, & est ratio, quia illa dictio, masculus, frustra esset adiecta.* Idem Menoch. de præsumption. *lib.4. præsumpt.84.n.2.*

Num.46.
La disputa sobre si la prelacion de varones a las hembras se han de entender en los de la misma linea, y grado, procede quãdo solo se hallã llamados dispositiue, pero no si juntamente estã puestos en condicion.

La otra razon es, porque [como parece de las palabras de la disposicion de la dicha D. Francisca referidas *sup.n.44.*] auien o varones hijos, nietos, y descendientes de don Diego de Arote primero llamado, dize la fundadorã, q̃ no llama las hembras, hijas de los vltimos possedores, ibi: *Si tuuieredes, o tuuierẽ ja, a esta tal no la llamo*. Quo attẽto, no se puede dudar, de que prelacion de los varones a las hembras inmediatas, no solo de los de la misma linea, y grado, sino de los remotos, &

Num.47.
La fundadora excluyò expresamẽte las hijas de los vltimos possedores por varones mas remotos.

qui aliàs secundum naturam regularem maioratus non poterant succedere. Que es otro fundamento que hazen excluſiuo de las hembras los Dotores referidos, numero proximè præcedenti.

Num.48. por otra clauſula se halla mas clara la excluſiõ de las hẽbras inmediatas a los vltimos poſſeedores por varones mas remotos.

La tercera razon [y tambien eficaciſsima] nace de la clauſula de la miſma fundacion, que comiença. *Otroſi ordeno*, memorial fol. 13. a la buelta, ibi: *Si vos el dicho mi hijo, è vueſtros deſcẽdientes, a la ſazon no tuuierdes, ni tuuieren hijo, nieto, ni otro deſcendiente varon nacido de legitimo matrimonio, por la via maſculina, a quien pertenezca el dicho mayorazgo, ſegun que en eſta carta de inſtitucion ſe contiene, è tuuieredes, o tuuieren hijo, o nieto, por la via feminina, remaneciendo vueſtra muger, o la ſuya preñada, quiero que eſte mayorazgo, è ſucéſsion del, eſtè ſuſpenſo, è vacó, è que nó ſean ocupados los dichos bienes, ni ſu muger deſpoſada dellos haſta que aya parido, e ſi pariere hijo, lo aya y herede el tal hijo eſte dicho mayorazgo, è ſi fuere hija ſe guarde el ordẽ deſte mayorazgo.* Quibus verbis, aclaró la fundadora ſu concepto, y voluntad en quãto a la excluſion de las hembras inmediatas al vltimo poſſeedor por los varones mas remotos, pues no ſuſpendieran la ſucceſsion del dicho mayorazgo en caſo de quedar preñada la muger del vltimo poſſeedor, ſi a falta de ſer el poſthumo varon vuieſſe de ſuceder preciſamente ſi fueſſe hembra.

Num.49. La excluſion de la hẽbra fue por qualquiera varõ deſcendiente de los primeros llamados.

Y cõ eſto ceſſa, y ſe excluye la ſegũda replica, pues por qualquiera varon que aya deſcendiẽte de los primeros llamados, ſiue agnatus, ſiue cognatus ſit, la hija hembra del vltimo poſſeedor queda no ſolamente no llamada, pero excluyda, y ſi ha de ſer deſcendiente por linea maſculina, y preferido el agnato a el cognato mas cercano, eſto no toca a la dicha doña Catalina, ſino a los dos varones que litigan, ſobre qual de ellos ſe ha de preferir, que reſolueremos en el tercero punto.

Num.50. Y fue abſoluta por qualeſquiera varones dela dicha deſcẽdencia, aſsi agnatos como cognatos

Ex dictis, tambien ceſſa la tercera replica, potque eſta no procede en los terminos de la diſpoſicion de D. Ines de Aguilar, en la qual por lo que queda fundado, no cabe ſemejãte duda, ni conſideracion, ni tampoco en los de la diſpoſicion de la dicha doña Franciſca, porque la no admiſsion y excluſion de las hembras hijas del vltimo poſſeedor, es abſoluta y general, en tanto que vuiere varones deſcendientes de los primeros llamados, ſiue ex maſculis, ſiue ex fœminis deſcendant, y el auer ſe acordado la fundadora de llamar al hermano mayor de el poſſeedor, que murio con ſola hija, no fue reſtriugir la excluſion, y no admiſsion de las hembras, a ſolo el caſo de quedar tio varon hermano de ſu padre, ſino exemplificar que el que auia de ſucedr auia de ſer varon deſcendiente de aquella linea, y deſcendencia, vt in fine clauſulæ, ibi: *Por manera, que auiendo va-*

do varon de la dicha descendencia, no pueda ser llamada muger alguna al dicho mayorazgo, aliàs enim, seria corregir todos los llamamientos precedientes, y subuertir vno, verbo, la dicha disposicion, como se colige de la instructura de las clausulas, y de las palabras inmediatamente antecedentes a el llamamiento del hermano, ibi: *Si tuuieredes, o tunieren hija, a esta tal no la llamo, ni sea, ui pueda ser parte la dicha hija para auer los dichos bienes,* sequitur, & facit. *Saluo, que los aya, è vengan al hermano mayor legitimo del possaedor del dicho mayorazgo, que fallecio sin hijos varones, è despues del su hijo, nieto, è bisnieto en los descendientes de ellos varones.* Et sic, no auiendo quedado hermano varõ del vltimo possedor, no por esso cessa la exclusion de la dicha doña Catalina, ni el llamamiento de los demas varones preferido a ella, y sucederà el varon de los dos que mejor derecho tenga, y serà don Fernando Ioseph, vt in resolutione tertij punti demonstratur, y en los fundamentos de su resolucio, quedarà aun mas apoyada la exclusion de la dicha doña Catalina, porque se ha de fundar estar comprehendido el dicho don Fernando en el llamamiento del hermano mayor de el vltimo possedor, que muriere sin hijos varones.

TERCERO PVNTO.

¶ En cuya resolucion juzgamos consistir el mayor peso de la dificultad de este pleito, y assi aunque con la breuedad possible discurritemos cõ la misma, y mayor atencion (si puede ser) que en los demas. Y començamos presuponiendo, que el vnico fundamento de D. Iuan de Argote, es q̃ estos mayorazgos son de agnacion, fundandose en la disposicion vltima de D. Francisco, en que vinculò todos los bienes de las demas disposiciones, y presentando solamente la escritura de su fundacion, como parece de su demanda, porque en ella dize, que todos los llamamientos son de varones continuados de varon en varon, y descendientes por linea masculina, con exclusion de las hẽbras, de los vltimos possedores, apellido de nõbre, y armas, que todo junto, y cada circunstancia de por si induze precisa agnacion, alomenos en todos los descendientes, de los primeros llamados sino expressa, saltim cõjeturada, que viene a ser lo mismo, conforme a las dotrinas, y fundamentos ordinarios, que se suelen ponderar, y se iràn refiriendo en su exclusion, y su satisfacion.

Num. 51. Presupuesto de D. Iuan de Argote, le q̃ el mayorazgo es de agnacion.

Y si la dicha fundacion es de agnacion verdadera, como se pretende, es forçoso reconocer la ventaja con que D. Iuan de Argote litiga, pero si es de nuda masculinidad, deue reconocer

Num. 52. Siendo este mayorazgo de agnacio, se aprueba

D. Iuã, pero siẽ do defimo le mas culinidad, le aué taja D. Fernãdo

nocer tambien, que no ha llegado el caso de su llamamiento, y ser el verdadero successor el dicho don Fernando.

Num. 53. Los mayorazgos son de tres maneras.

In quo dubio, & quæstione in primis pro certo constituendum est, que los generos de mayorazgos à que todas, o la mayor parte de semejantes successiones, se reduzen son tres. Vno, de los regulares in quibus masculi, & fœminæ succedũt secundum gradus prærogatiuam secundum, l. 2. titul. 15. part. 2. El otro es de masculinidad, en que suceden varones de hembras que reconocen, el señor Molina, y todos los DD. por el text. in cap. 1. de eo qui sibi, & hæred. suis, y otros del derecho comun. El tercero de agnacion, o absoluta, o limitada, ad certum genus personarum, como los mismos DD. lo resueluen, pero quando sea de pura masculinidad, o de agnacion es la controuersia.

Num. 54. El mayorazgo en q̃ estan llamados varones, in genere, se presume de simple masculinidad.

In qua, de la misma manera, que en duda se entiende ser el mayorazgo regular, por ser conforme al derecho comun, y à la naturaleza de los mayorazgos de España, eodem modo, en duda se deue tener, y juzgar la disposicion en que han de suceder solos varones por de masculinidad, y no por de agnacion, ex eo quod minus recedit à iure communi; y con tener menos odio, que siendo de pura agnacion, vt eleganter animaduertit Alexand. Raudens. de Analog. & æquiuoc. libr. 1. cap. 15. num. 24. & 15. optimè Sesse decision. 25. à num. 3. Sino es que la agnacion sea expressa, o las conjeturas tan indubitables, que no admiten tergiuersacion, cuius generis, & qualitatis, no son las que se ponderan por parte de don Iuan de Argote, ni alguna de ellas, vt manifestè conuincitur ex sequentibus.

Num. 55. El intẽto de agnacio cessa, quãdo el mayorazgo fue instituido por hembra.

Lo primero, porque siendo como es mayorazgo fundado por hembras cessan las conjeturas de agnacion pues todos los varones respeto de ellas eran cognatos, y assi se deue admitir el varon de mejor linea, y se comprehende en el llamamiento de varones, aunque sea descendiente de hembra, D. Molin. lib. 3. c. 5. n. 48. 49. & 73. vbi additio, Castill. lib. 2. c. 4. n. 143. Molin. de pact. nuptial. lib. 3. quæst. 24. n. 163. Menoch. lib. 4. de præsumpt. præsumpt. 85. num. 4. Farinac. decis. 344. num. 4. patt. 2. in recentior. Sesse decis. 254. à num. 59. tom. 3. Ramon. cons. 50. num. 485. D. Ioseph Vela dissertat. 49. n. 86. tom. 2.

Num. 56. La exclusion de las hẽbras conuiene al mayorazgo de masculinidad, como al de agnacion.

Lo segundo, porque esto procediera aun en caso que vuiera exclusion absoluta de hembras con el presupuesto que ay mayorazgos de masculinidad, como de agnacion, y los vnos, y los otros consisten en la exclusion de las hembras, por varon, porque entonces la exclusion de las hembras, no obra mas de lo que tacitè inest siquidem, el llamamiento de los varones, induze tacita exclusion de las hembras, ex dictis supra n. 39.

n.39.& sic, es preciso acudir a otras conjeturas, como lo dizen todos los referidos Dotores, in numero præcedēti, & animadvertit Raudens. dicto c.55. num.14.& 15. pero nuestros terminos son aun mucho mas faciles, pues demas de ser los fundadores hembras, ay tambien llamamiento dellas, assi en lo dispositiuo, como en lo cōdicional de las clausulas referidas, que excluyen qualquiera consideracion de agnacion, Domin. Molin. lib. 3. cap. 5. num. 29. in fin. & num. 50. & vtrobique additio Peregrin. de fideicommiss. art. 26. num. 13. & 17. Giurba decis. 32. num. 15. Perez de Lara, de vira homin. cap. 30. num. 95. Ramon. cons. 100. à num. 46. Fusar. quæst. 495. nu. 22. Castill. lib. 2. cap. 4. num. 178.

El hallarse llamadas hembras excluye la agnacion.

Lo tercero, porque aunque la fundadora dixo, que los bienes anduuiessen de varon en varon mayor legitimo, y no legitimado, discurriendo por linea masculina, como parece de las clausulas que quedan referidas, repitiendolo diuersas vezes, ibi: *Y assi dende en adelante discurriendo, y descendiendo de varon en varon legitimo, todauia el mayor en grado por la linea derecha masculina.* De estas palabras no se puede inferir, quiso que los varones vuiessen de ser agnatos, porque la palabra de *varon en varon*, solo induze llamamiiēto de los varones de vno en otro, y q̄ el mayorazgo vaya discurriendo de varon en varon por vna reciproca substitucion, para que todos se admitan, antes que ninguna hembra, y auiendo de suceder primero todos, aunque la fundadora no lo expressara, era preciso, que el mayorazgo fuesse de varon en varon, con que solo fue explicar mas su concepto, y expressar aquello mismo, quod tacitè ex vocatione masculorum inerat, como en duda se ha de presumir, l. liber homo, §. decem, ff. de verbor. obligat. Bald. in l. vnica, §. videamus, num. 4. C. de rei vxor. act. Grauet. cons. 739. num. 19. volum. 4. ibi: *In re obscura eodem modo expressam rem intelligimus quo tacitè inerat etiam si aliter intelligi verba possit.* Y añade, que procede con mayor certeza, si con semejante interpretacion se conserua mas la sucesion regular, que es la fauorecida por derecho, Andr. Alfer. cons. 44. num. 23. volum. 2. vbi ex hoc infert, quod ex pluribus masculorum gradibus cōtinuatis iuxta propriam naturam rei non resultat extraordinaria linea qualitatis, D. Valeuçuela, cons. 97. à n. 96. lib. 1.

Num. 57. Las palabras de *varon en varon*, no significā mas de que todos los varones se antepongan a las hēbras, & illud quod tacitè inest.

Y por esta razon el señor Luis de Molina, libr. 1. cap. 5. nu. 39. no hizo particular ponderacion de la palabra *de masculo in masculum*, para introduzir agnacion, sino antes las equiparò a el llamamiento, *de primogenito, in primogenitum*, vel, *de hærede in heredem*. Para introduzir mayorazgo perpetuo, y que todos los de la familia se tuuiessen por llamados, y le sigue Castill. lib. 4. cap. 9.

Num. 58. Las palabras de *varon en varon*, cōprehendē varones de hēbras

à num.43. eleganter Sesse, decis.254.nnmer.54.& sequentibus, tom.3.donde con Beroyo aduierte, que el llamamiento de varones de maiori in maiorem, comprehende los varones de hébra,& repetit in responso pro eadem decis.n.108.

Num.59. Las palabras, *Por linea masculina*, denotan el orden de suceder, y no el origen de nacer.

Et pari modo, las palabras de ambas las dichas dos disposiciones, *sucediendo por la linea masculina*, es de la misma calidad, & sæpissimè accipitur pro masculis ipsis per quos successio debet discurrere idest respectu successionis; & ordine succedendi non originis, como doctamente lo resolvieron Carol. Ruin. cons. 149. num. 11. num.2. *Et dico quod verbum linea masculina debet exponi ideſt masculini sexus*, Menoch.cons.205.num.30.lib. 3.Mantic.de coniectur.lib.8.tit.18. num. 62. ibi: *Quia dicebam, eam non referri admodum nascendi vt similiter masculi ex masculis nascerentur, sed referri admodum succedendi, vt scilicet alteri succedat*, quem sequitur Sesse in respons postdecis.254. num.111. tomo 3.Bellonus alios referens, cons.73 .nu.33.& 34. ibi; *Primum enim quod attinet ad coniecturam inductam mentione lineæ masculinæ respondeo descendentes à fœmina descendere à masculo incluso, vt est Philippus qui descendit à filia Alberti primo loco vocati dicti de linea masculina, vt post Beroium, cons.73.num.15.vol.2.declarat Hondid. cons.4.num.20.vol.1. Secundò respondeo lineæ masculinæ appellatione esse ambiguam, & interdum summi pro descendentibus masculis vt declarat Menoch.*

Num.60. La linea de calidad masculina se forma de todos los varones agnatos, y cognatos.

Y la razon es, porque de todos se forma vna linea de masculinidad en exclusion delas hembras, vt per Bald.cons.334.num. 10.volum.3.Ancharran. cons.95. num.7. Magonio decis. Florent.37,num.1.Hieronym.Gabriel,cons.70. num.11. vol.2.ibi: *Quia hoc casu omnes descendentes censentur vnius lineæ ad effectum, vt fœmina excludatur*, Castill.lib.5. cap.93. num. 19. Y en duda se ha de hazer la interpretacion, assi por ser mas conforme à la naturaleza delos mayorazgos, y menos odiosa, como por el sentido natural, y propriedad de la significacion de la palabra *linea masculina*, que es significar per prius, los descendientes varones, siue per virilem sexum, siue per masculinum sexum descendant per iura expressin l.duodecim Tabularum, C. de leg. hæredib. ibi: *Ideſt per virilem sexum descendentes, siue fœminie generis sint*, §. cæterum, inst.de legitim.agnator.success.§. item vetustas de hæred.qualitat.& different. Y por estos textos ordinariamente los DD.Socin.cons.51, num.6.lib.4. Paris.cons.47. num.43. libr.3. Curtio iun.cons.30.num.49.lib.1.Sigismund.cons.39.num.14. dicens communem.

Num.61. El grauamen de nombre, y armas no induze agnacion.

Vlterius, la conjetura que se quiere sacar del grauamen de armas, y apellido de Argote, futilis, & parui momenti est maxime, en las fundaciones de los mayorazgos de España, cuyo prin-

principal fin es no la conseruacion de la agnacion, como en otros Reynos estraños, sino de la familia en que se incluyen todos los descendientes de ella, como lo resuelven en terminos D.Molin.lib.lib.3.cap.5.n.fin.& ex plurib.Rotæ decis. Fusar.q. 499.Castill.tom.5.c.93.§.20.& 21.

Et sic stantibus terminis prædictarum coniecturarum,& vocationum,y sin las circunstancias tá fauorables que concurren en este caso,defendieron esta opinion Surd. cons.308. num.2. libr.3 Menoch.cons.802. num.32. Mantic.libr.8.titul 28. ferè per totum,Molino,libr.3.de ritu nupt.quæst.22 num.209: Cassanate, cons.23. num. 2. Paschalius de virib. patriæ potestat.4. part.cap.9.num.41.Peregrin.de fideicommiss.art.26.num.11.& 2.Raudens.de analog.libr.1. cap. 16.à num.15 Anton.Bellon. cons.72.num.12.& cons.73.Rosental.de feud.cap.7. quæst.36. n.9.Valascus de iure emphyteut.quæst.41.num.5.Mier. 2.part. qnæst.6. num.50. Bacça de non meliorand. cap. 7.num.36.& 36.Auend.in l.40.Taur.gloss.9.num.74.& 75.Domin.Molin. de primog.lib.3.cap.5.num.42 Faber.de error. tom. 2. decad. 28.error.8.Rota Roman.decis. 6.nu.1. part.1.& decis.15.n.2. & decis.150.num.9.lib.2. D.Iuan Bap.de la Rea decis. Granat. 34.num.2.cum sequentib.Sesse decis.254.per totam.

Num.62.
Autores que defendieron la opinion a fauor de varon cognato.

Qui ferè omnes,& alij plures qui poterãt cumulari sic fuisse decisum in magnis consilijs referũt, & plures rationes reddunt quare hæc resolutio, & opinio debeat obseruari nempè quia masculus ex fœmina est descẽdens,& masculus, & ex proprietate vocabuli sic accipi debet ex Iuribus, & DD. de quibus supra num.33. & 34. Y porque en semejãtes fundaciones no es visto los fundadores fundarse en la razon de la agnacion,sino en la prestancia de el sexo,vt per text.in l.1.ff.de Senator.l.fin. ff.de fide instrum.considerauit Bart.in l.liberorum num.12.in fin.ff.de verb.sig. Corneus in l.1.num.2.Cod.de condition.in sert Paris.cons.41.num.75.& num.83.Socin Iun.cons.2.num. 11.lib.3.Duaren.ad consuetud.feudal. cap.10.num.3.latè Domin.Molin.lib.3.cap.5.num.27.

Num.63.
El varõ de hembra se cõprehende en la palabra varõ,ex eius proprietate.

Et quamuis verum sit, que se pueden alegar Autores que há defendido lo contrario hablan, o en caso que la materia sujetà no admite varones de hembra,como en los feudos.cap.1.§.hoc autem de his qui feud.dare poss.Cuya naturaleza es peculiar,y agnaticia, vt referunt Rosental. de feud.d. cap. 7. conclus.32. num.14.& 25. & quæst.36.à num.10. Domin.la Rea dict.dispur.34.num.35. O en fideicommissos de Italia donde ordinariamente los estatutos excluyen a las hembras por los varones agnados,y se puede presumir que el fundador se conformò cõ el de-

Num.64.
Los autores de la parte contraria hablá en materia incapaz de suceder cognatos.

el derecho proprio imunicipal, vt ex Bart. in l. hæredes mei, §. cum ita ad Trebell. notarunt Castrens. cons. 409. num. 2. vol. 2. Castill. d. cap. 126. unm. 52. aut denique, quando consta absque vlla tergiuersatione, que el fundador quiso conseruar su agnacion, como lo resuelven los DD. citados sup. num. 62. & 63. Y lo pondera elegantemente Fabro lib. 6. Cod. tit. de verb. sig. definitione 1. y Alciat. cons. 104. nu. 1. lib. 9. & cons. 15. num. 1 lib. 8. dixit. *Quod in hoc articulo propter extraneas phantasias DD. non est recedendum à proprietate verborum.*

Num. 65. El intéto de agnació cessa, por ser fundacion de hembras, y estar llamadas hembras, y descendientes dellas.

Y no solo no concurre en nuestras fundaciones alguna de las dichas circúnstancias en que se pueda fundar la dicha agnacion sino muchas que persuaden a lo cótrario, la primera por que las las dichas fundaciones son de hembras que ordinariamente como no son agnatas, o por ser incapazes de conseruar por sus personas la agnacion, no solo no es visto contemplarla, sino aborrecerla, ex dictis supra nu. 54. La segunda, porque estan llamadas hembras a falta de varones de todas las lineas, cuyo llamamiento exclnye la consideracion de agnacion, Peregrin. de fideicomm. art. 26. num. 13. & 17. Domin. Molin. lib. 3. cap. 15. num. 26. vers. *Quod tamen*, & num. 50. Giurb. decis. 32. num. 15. Perez de Lar. de vita hom. cap. 30. à 95. Ramon. cons. 100. à nnm. 46. Fusar. quæst. 449. num. 22. Castill. lib. 2. c. 4. num. 178. La tercera, porque no solo estan llamadas hembras sino los descendientes de ellas, per qnos impossibile est quod agnatio conseruetur, que es fnndamento en que los DD. referidos estriuan para excluir la presuncion de agnacion, & addimus Gregorium Lop. in l. 3. tit. 13. par. 6. gloss. mag. quæst. 13. Padilla in l. cum acutissimi, num. 22. C. de fideicóm. Salazar de vsur. & cósuetud. cap. 12. num. 64. Gutierr. cons. 15. num. 23. Albarado de coniectur. men. defunct. lib. 2. cap. 3. §. 4. nu. 43. Petra de fideicomm. quæst. 9. num. 195.

Num. 66. Y por la condicion de q̃ las hembras de casar có varones de la familia.

El quarto medio, por donde se excluye la agnació en las disposiciones de estos mayorazgos, nace de la cósideració de algunas clausulas, y en particular de la calidad, y condicion có que las hembras estan llamadas por doña Ines, y doña Francisca, en su vltima disposicion, memoriai, fol. 2. a la buelta, ibi: *Y la aya con tal condicion, que se aya de casar, y case con el deudo mas cercano, que a la sazon viuiere de los de Argote, que se pueda hazer su dispensacion, o con ella*, & memorial fol. 12. *Con tanto, que la hija, è muger llamada a este dicho mayorazgo, sea obligada a se casar, è se case con el pariente, que en defeto de ella seria llamado al dicho mayorazgo, si fuere dispensable, ganando dispensacion para ello.*

Num. 67. Conforme a las quales palabras qualquiera hembra hija del vltimo

vltimo posseedor, tiene precisa obligacion de casarse con el pariente de la familia delos Argotes, y ha de ser el mas cercano, y q̃ a falta della auia de suceder, ex quo manifeste aparet, que estas disposiciones no pudieron ser agnaticias en ninguna consideracion, porque el varon con q̃ie ha de casar la hembra està llamado con calidad de descendiente de la familia en qne se comprehende qualquiera varon, aunque sea de hembra, ibi: *Esecase con el pariante*, & ibi: *Y case con el deudo mas cercono, que a la sazon viviere*, que por todo derecho, y por lo fundado en la resolucion de estos dos puntos se entienden de varon descendiente de hembra, no obstante, que en la disposicion de doña Ines se añade la palabra *de los de Argote*, porque es lo mismo, q̃ si dixera de la familia de los de Argote, vt eruditè considerauit Paulus Castrens. conf. 30. n. 1. circa medium, lib. 2. ad hoc videndus Corn. conf. 219. n. 11. lib. 2 & conf. 190. n. 2 lib. 3. & cõs. 233. n. 4. lib. 4. sequuntur Mantic. de tacit. conuention. libr. 22. tit. 15. n. 5. Y es conclusion textual de la l. liberorum, ff. de verbor. signif. quam ad hoc extollit D. Molin. lib. 3. cap. 4. à nu. 6. maximè num. 10.

Los varones cõ quien estan grauados de casar las hembras, se ponen con nombre de descẽdiẽtes, y assi se cõprehenden los cognatos.

Quod minime alteratur ex eo, quod, el tal varon aya de casarse con la hija del vltimo posseedor, siendo grauado a ello, o ella grauada de casar con varon de la familia, sino es, que expressamente se diga, que se haze para conseruar la agnacion de la familia, vt in proprijs terminis resoluit Domin. Molin. libr. 2. cap. 13. num. 26. Y en las anotaciones al mismo capitulo nu. 13. ibi: *Secundò quando fœmina erat vocata sub ea conditione vt masculo agnato nuberet idque ad conseruandam agnationem factum fuit*. Y en vn estatuto que refiere Carpano, 1. part. cap. 278. y 310. resuelue lo mismo por las palabras claras del estatuto, ibi: *Perueniat in agnatos proximiores*, que es muy singular; dotrina a el proposito D. Præses Valençuela, conf. 97. num. 141. per textum in l. cum pater, §. à te pero, ff. delegatis 2. ibi: *Tuis siue meis propinquis*.

Num. 68. Y para juzgarlo contrario es necessario q̃ se diga expressamẽte que el casamiento sea para conseruar la agnacion.

Y a la replica que se haze por don Iuan de Aegote, con el fundamento de la agnacion limitada a los descendientes varones de don Diego Fernandez de Argote primero llamado, para que el sentido sea, que a falta de todos se siga el llamamiẽto de las hijas de los vltimos posseedores, y entonces tengan obligacion de casar con los varones cognatos de la familia de los Argotes, se responde. Lo primero, que los mismos fundamentos, que excluyen la agnacion absoluta, estos mismos desvanecen la limitada: Ex eadem ratione, quæ militat de parte ad partem, quę de toto ad totum, y aun resolvieron graues Autores, que la pretension de que ay agnació limitada, fue fantasia

Num. 69. Respõde se alarga mẽto de agnacion limitada.

de algunos, qui sine lege, & fundamento, la quisieron introduzir.

Num.70. Cada vno de los llamados al mayorazgo constituye linea para si, y para sus descendiétes.

La segunda respuesta nace de algunos principios notorios y conocidos en esta materia, cerca de la formacion de las lineas. Vno es, que cada vno de los llamados forma su liñea, en que se incluye a si, y a sus descendientes, y los hijos deste llamado, cada qual forma otra, en que iucluye a sus descendientes por linea recta, ita Bald. in l. cum antiquioribus, n. 11. C. de iur. deliberand. Paulus de Castr. d. cons. 164. n. 5. lib. 2. D. Couarr. in pract. cap. 38. n. 8. & 9. Molin. de primog. lib. 3. cap. 6. nu. 30. Mier. 2. p. quæst. 9. n. 4. Auendañ. in l. 40. Taur. glos. 14. n. 19. & 21. & glos. 17. n. 26. conforme lo qual ya que don Diego Fernandez de Argote primero llamado tuuo dos hijos, a don Alonso Fernandez de Argote de las casas quinta y sexta del arbol, el dicho D. Alonso formò la linea de primogenitura, en que incluyò a sus descendientes por linea recta [que oy son los dichos don Fernádo Ioseph de Argote, y doña Catalina de Argote de las casas doze y catorze] y el dicho don Iuan (de quien desciende don Iuan Fernandez de Argote de la casa treze) la de secundo genitura.

Num.71. La succsiõ se ha de continuar en la linea dõde entroncò, hasta el fin.

Otro principio es, que en entroncando la succsion en vna de las dichas lineas, no puede salir de ella, hasta que todos los descendientes por linea recta, sean acabados, cap. 1. de natura succes. feud. cap. 1. de succes. fratr. cum adductis à Tiraquell. de primog. quæst. 40. num. 43. Molin. lib. 3. cap. 6. num. 30. cum alijs. Lo qual no solo se entiende de los descendientes inmediatos del vltimo posseedor, sino tambien de los que son de su padre, y de la linea contentiua, ex dict. cap. 1. de natura succes. feud. ibi: *Ad solos, & ad omnes qui ex illa linea sunt, ex qua iste fuit*, vbi notatur illud verbum, *ex qua iste fuit*, vt obseruarunt ibidem Bald. n. 3. Isernia, nu. 31. afferentes quod feudum deuoluitur ad eos solos, & ad omnes qui sunt descendentes ex illa linea proxima vnde successor mortuus descendit Balcaranus, ibidem, n. 21. pag. mihi 321. el qual explicando las palabras, *Ex qua iste fuit*, dize, *idest in qua iste fuit, non quæ ab ipso procedit cum decesserit sine filijs*, Afflict. in §. dummodo, n. 3. Francisc. Becius, cons. 138. n. 45. & 46. volum. 2. Peregrin. consil. 42. num. 6. volum. 3. Cœphalus, cons. 313 num. 57. & 58. lib. 3. Castill. lib. 5. c. 92. à nu. 48. & seqq. & c. 98. nu. 9.

Num.72. D. Iuan Fernandez de Argote, es de linea postergada.

El tercero principio es consequencia de los dos primeros, nempè, que la linea del dicho don Iuan de Argote hijo segúdo de don Diego [de quien desciende don Iuan Fernandez que litiga] quedò atajada, y postergada, y sin aptitud de la succsion hasta que ayan acabado, y fenecido sin succsion todos los descendientes de la linea de el dicho don Alonso hijo mayor

yor de don Diego, como lo resuelue n los text. y DD. referidos numeris proxime præcedentibus, & addimus Surd. cons. 370. num. 10. & 27. Alciat. cons. 32. num. 8. lib. 9. Peregrin. cons. 50. num. 16. lib. 1. & cons. 42. num. 11. lib. 5. Mier. de maiorat. part. 2. quæst. 6. num. 42. Domin. Molin. lib. 3. cap. 5. num. 72. & cap. 10. per totum, & antea lib. 1. cap. 3. num. 13.

Num. 73. El llamamiéto repetido de varones en estas fundaciones se entiende de los de la linea effectiua del possedor.

Ex quibus resultat, la segunda respuesta a la replica de la agnacion limitada, fundada en el llamamiento de varones, y de varon en varon, y de hijo mayor varon, y de hijo de hijo varon mayor, y para la linea recta masculina [que todas son palabras e inculcaciones de vn mismo cõcepto, y fin] y se entienden tantummodo respeto de la linea recta, y efetiua, y de possedor, ita vt per prius, se prefieran los agnatos per lineam rectam descendentes, & per posterius, los cognatos descendétes, eiusdem lineæ, y en vltimo lugar las hembras, non vero se han de entender, ni pueden de los varones agnatos de las lineas, q̃ quedaron atajadas, y postergadas respeto de no ser mayorazgo de agnacion absoluta (dado que fuera limitada, como don Iuan de Argote pretẽde) vt ex cap. 1. de natura succeff. feud. & cap. 1. de gradib. succeff. post antiquos resoluũt Prætis, cons. 32. à num 2. ad 7. lib. 2. Petrus Caball. cons. 118. num. 3. vol. 1. Federic. de qualitat. contract. cap. 50. num. 28. Hector Hemil. cap. 41. num. 18. de iur. feud. pulchrè Gama, decis. 354. num. 6. vbi in terminis concluye his verbis, ibi: *Quod verba prædicta non possunt intelligi existẽtibus masculis omnium linearum vniuersaliter, sed secundum subiectam materiam intelligi debent de descendentibus illius lineæ penes quam discurrit successio*, Fabius Turret. cons. 23. nu. 26. lib. 2. donde dize, q̃ el fauor de la agnacion no se estiende vltra lineam rectam vocatam pleuè Castill. tom. 3. cap. 93. num. 6. & 26. ibi: *Tertia regula seu conclusiõ communis est, quod recta linea non ex omnibus qui ab instituente, seu quouis maioratus possessore descendunt, sed ex ipsis primogenitis, qui gradatim procreantur tantummodo constituitur, vt inter filios, nepotes, ac pronepotes cæteroſque descẽdentes admittantur.* Idem Castill. lib. 6. cap. 138. num. 18. Domin. Præses Valenc. videndus cons. 97. ex num. 26. & 34. & 146. cum seqnẽtibus additio ad Domin. Molin. lib. 3. cap. 5. num. 71. Burgos de Paz, cons. 26. à num. 17.

Num. 74. Ponderanse las clausulas para este intento.

La tercera respuesta resulta de la ponderacion de las mismas clausulas de la fundacion de doña Ines, memorial fol. 2. tratando de los descendientes de don Alonso de Argote su hermano primero llamado, y poniendolos en condicion para el tranlito, para otros sustitutos, y de la vltima de doña Francisca, memorial f. 12. vers. *Otro si.* Donde en qualquiera de los casos que los varones descendientes por linea recta murieren

o no tuuieren hijo, nieto, o descendiente varon, quiere que suceda el hermano mayor legitimo del possedor, y despues del su hijo, nieto, è bisnieto, y los descendientes dellos varones, cuyas palabras dexamos repetidas num. 48. & 50. en la qual habla la fundadora a la letra del vltimo estado de la sucesion, y en caso que el vltimo possedor muriere sin hijos, y descendientes varones, y entonces entra la substitucion del hermano del tal possedor.

Num. 75. La substitucion de hermano en en falta de hijos varones excluye a D. Catalina, y no comprehende a don Iuan.

Ex quo notatur primo, q̃ la hija deste vltimo possedor no solamente no queda llamada sino expressamente excluyda. Lo segundo, que tãpoco don Iuan de Argote se puede componer en el dicho llamamiento de hermano, porque no lo es, ni descendiente suyo, sino de linea atajada, y postergada, y donde no entrò la sucesion actual de los dichos mayorazgos, y se le respõde justamente, substitutionem loquitur de te, ni como hermano, ex doctrina Baldi, iu l. 1. num. 1. C. de succeff. ædict, vbi omnes, asserẽtes quod si fœmina excludatur propter patruum non excluditur propter patruum magnum sequuntur Socinus iun. cons. 15. n. 1. vol. 1. Hippol. Rimin. conf. 371. n. 122. nu. 4. Ciriac. cons, 184. n. 36. & controuers. 366. per totum, & cõtrouers. 400. n. 26. & 28. ni como hijo, ni descendiente (que es la segunda parte de la dicha clausula) Riminaldo, vbi supra, n. 123. Decius, cous. 308. n. 6. & 7. Gutierr. cons. 13. n. 17.

Num. 76. Comprehẽde a D. Fernando Ioseph como nieto de hermana subintrando en lugar de su abuela.

Lo tercero, que se nota es, que en el dicho llamamiento de hermano mayor del possedor està comprehendido don Fernando Ioseph de Argote, como nieto de doña Eluira de Herrera de la casa 7. del arbol, como hermena de don Alonso Fernandez de Argote vltimo possedor, no obstãte que no sea nieto, ni descendiente de hermano varou, sino de hembra, porque el intento de la fundadora, para llamar a hermano mayor del possedor, no fue restringirse solo a la calidad de hermano, sino demonstrar que queria que la continuacion de la sucesion auia de ser por varon el mas cercano, y descendiente de la linea del possedor, para que todos los de ella de qualquiera calidad, sucedan en perjuyzió de los contenidos en la linea trausuersal, como latamente lo fundan los DD. referidos, supra num. 73. & & sic don Fernando Ioseph funda su llamamiento, duplici via. Prima subiutrãdo gradum suæ Auiæ, & quasi per remotionem illius, hallandose en el mismo grado de hermano, y con la calidad de varon de la linea, y mas cercano, como lo resoluio elegantemente Bald. in l. si Auus, num. 4. C. de hib. præter, & in Authent. cessante, num, 2. & 3. C. de legitim. hæred. Anton. Fab. tom. 2. de errorib. decad. 29. error. 2. à num. 5. vsque ad 9. Farinac. decis. 463. num. 9. parte 1. in recentioríb. ibi

Quan-

Quando ratio agnationis non attenditur, sed alia qualitas ad exclusionem fœminarum, & inclusionem masculorum talis fœmina exclusa propter dictam qualitatem censetur sublata de medio radix autem seu ipsa parentela remanet affecta, & nunc filij fœminæ licet succedant intrando locum matris non tamen succedunt eam repræsentando, sed subintrando in locum vacantem ipsius matris, & non ex ipsius persona, sed ex propria filiorum masculorum persona quibus inest dicta qualitas requisita. Quem sequitur Castill. tom.6.cap.143.§.vnic.num.41.vers. *Minus etiam*, D. Valençuela Velazq. cons.97.num.126.& seqq. qui num.126.dicit. *Quod incapacitas fœminæ suppletur per capacitatem masculi, quia etiam per medium inhabile, & qui non admittitur ad partem facit partem*, leg.cum dotem, ff. ad leg. fulcid. ibi: *Quia non inter positi* [quæ est mater] *sed capientis persona inspicitur quæ est filius masculus.*

Secunda, que quando por el dicho llamamiento de hermano mayor del posseedor, no le tuuiera don Fernando Ioseph de Argote, le tiene tambien expresso en las palabras siguientes de la misma clausula, ibi: *Por manera, que auiendo varon de la dicha descendencia, no puede ser llamada muger alguna al dicho mayorazgo.* Con que se conoce que miró a la rayz, y parentela, como dize Farinacio, para que el varon que uuiere de suceder fuesse descendiente del mismo tronco, que el vltimo posseedor, videlicet, de su padre, & consequenter, de su misma linea contentiua, requiriendo, que la calidad de varonia solamente concurriesse en la persona que auia de suceder, como oy concurre en don Fernando.

Num.77. Y como varon descendiẽte del mismo trõco, y raiz del vltimo posseedor, y de su linea cõtinua

Quod magis suadetur. Lo vno, de la clausula del memorial, fol.13.a la buelta. *Otrosi, ordeno, &c.* En que se dispone, *que si don Alonso de Argote primero llamado, y sus descendientes no tuuieren hijo, nieto, ni otro descendiente varon nacido de legitimo matrimonio por la via masculina, a quien pertenezca el mayorazgo conforme a la fundacion. E tuuieren hijo, o nieto, o otro descendiente, por la via femenina, y dexaren a su muger preñada, la sucessiõn deste mayorazgo estè suspensa, y vaca hasta el parto, y si pariere varon suceda, y si hembra, se guarde la orden de la dicha fundacion.* Donde se nota, que los varones descendientes de hembra tienen llamamiento despues de los descendientes de varon de la misma linea, si quidem certo certius est, que enlos mayorazgos, los puestos en condicion, vocati censentur. Vulgar gloss. in l. Lucius la 2.ff. de hæred. instit. & traddit Domin. Molin. lib.1.cap.6. in princip. & ibi additio, præcipuè in vers. *Secundò limitatur*, Castill. tom.2.cap.12.per totum, & tom.4.cap.9.nu.37. latè Fusar. q.437 Burat. decis.385. & decis.387. & 897. Leon, decis. Valent.209. à num.36. cum pluribus sequent.

Num.78. Los varones de hembra estã llamados despues de los agnatos de la misma linea.

Num.79. La testadora cõ templo la varonia de su propria descendencia, y no la de su marido.

Lo otro, se colige lo mismo de la clausula antecedente a la que queda ponderada. *Y en caso (lo que Dios nuestro Señor no quisiera,) &c.* En que a falta de descendientes varones, y hembras de los dichos Alonso, y Diego de Argote, se llama al pariente varon mas cercano dela descendencia de la misma doña Francisca, y de su hija doña Ana de Guzman. Con que no solo quedò desuanecida la consideracion de agnacion, por el llamamiento de tantas hembras, sino tambien para quitar la duda, de si quiso conseruar la agnacion de la familia de su marido (quam nonnullæ fœminæ conseruare intendunt in suis dispositionib⁹, vt passim Doctores testantur) expressò, que los varones, por cuyo medio se auia de perpetuar su disposició, fuessen de su descendencia, cuius respectu agnatio minimè potuit contemplari, vt sæpè dictum est.

Num.80. De auerse puesto a las hembras gran uamẽte de casar con varones de la familia, se cõuence, que no es el mayorazgo de agnacion.

A que tambien corresponde la clausula, que dexamos ponderada sup.num.67. & 68. donde parece que las dichas doña Ines, y doña Francisca, no quisieron que en ningun caso, ni vacante destos mayorazgos sucediessen las hembras de los vltimos possedores, sino fuesse casandose con el pariente mascercano, que despues dellas vuiesse de suceder en ellos. Que en este lugar lo ponderamos no solo para que se entienda que estos tales varones no es preciso, q̃ ayan de tener la calidad de agnacion, sino de varonia, como prouamos sup.d.num.68. & confirmat pluribus relatis Domin. Præses Valençuela cons.97. à num. 88. sino para otros efetos muy considerables. Nempè, que si las dichas fundaciones fueran de agnacion [como don Iuan Fernandez de Argote presente] todos los agnatos, cuiuscumque gradus, etiam vlteriores censerentur vocati, y viniera a ser ociosa la condicion impuesta a la hembra de que se casasse con varon de la familia, alomenos en tanto que los vuiesse agnatos.

Num.81. Y que los cognatos fuerõ llamados despues de los agnatos de vna misma linea efetiua y cõtentiua.

Et sic, para que se verifique, y tenga efeto la dicha condició, se ha de dezir, que en ella los varones cognatos fuerõ contemplados por la fundadora, deficientibus agnatis eiusdem lineæ, & descendentiæ effectiuè, & contentiuç eiusdem vltimi possessoris, que muriesse sin hijos, ni descendientes varones, significado mas su concepto con aquellas palabras. *Con el deudo mas cercano, que a la sazon vuiere de los de Argote, que se pueda hazer sin dispensacion, o con ella,* & ibi: *Sea obligada a se casar, y se case con el pariente, que en defeto della seria llamado al dicho mayorazgo si fuere dispensable ganando la dispensacion para ello.* De que se infiere que las fundadoras solo miraron, y contemplaron los tres generos de personas varones de varones, varones de hembras, y a las mismas hembras, con respeto a la linea efectiua de la descẽdencia, por donde discurriere la sucesion, y a la proximidad del grado del

del vltimo posseedor, en cuyo caso estamos, y en cuyos terminos se halla don Fernando Ioseph de Argote, como nieto de hermana del vltimo posseedor, y mas cercano.

Ex quibus resultat, la prelacion del dicho don Fernando Ioseph de Argote en esta vacante a el dicho don Iuan Fernandez, y su exclusion, como mas remota, y postergada. Num. 82.

TERCERA PARTE.

¶ Y considerando separadamente las dichas fundaciones del modo, que quedon ajustadas en el principio deste discurso, es tambien llana la pretension de don Fernando Ioseph, como [en quáto a las de D. Ines, y a la vltima de tercio, y quinto de D. Fráciſca] queda fundado en la segúda parte deste papel, por la exclusion de las hembras, y prelacion de los varones cognatos, maximè, siendo de la linea del posseedor, y mas cercanos, a que agora en particular no se nos ofrece, que añadir, sino son dos cõsideraciones. La vna respeto de la dicha doña Catalina, nempè, que quando fuera posible (quod precisè negamus) q̃ en esta vacãte pudiera tener derecho para suceder en los dichos mayorazgos, no puede ser, ni obstener en la tenuta, no casandose con el dicho don Fernando, como està atado en las capitulaciones, que entre ellos se han hecho: porque su llamamiẽto es con calidad de que se case con el varon mas cercano de la familia de Argote en que està comprehendido don Fernando, ex dictis num. 68. & num. 81. Num. 83. D. Catalina no puede pretẽder la tenuta destos mayorazgos, no casando con D. Fernãdo Ioseph.

El qual precepto obliga precisamente a la dicha doña Catalina, como requisito, sine quo, ora sea condicional l. legata sub conditione, l. à testatore, ff. de cond. & demõstr. & alijs, quæ iura in terminis ad hoc adducit Cœphal. cons. 133. nu. 33. vers. *Et sic non obstat*, ibi: *Aliud enim est vacare has filias sub conditione, si nupserint fidis, & gratis, vel cum consensu, & tunc absque dubio mulieres volentes succedere, oportet ostendere id, quod est fundamentum suæ intentionis, scilicet, purificatam conditionem, & interuenisse requisitas qualitates.* Franch. decis. 362. nu. 6. Y para impedir el ingresso de la posseſsion, lo pondera Mier. 2. p. q. 4. illat. 8. nu. 274. Ant. Thesaur. decis. Pedemont. 230. n. 21. & 22. Num. 84. El preceto de casar impuesto en estas fundaciones, obliga en ferça de condicion.

Ora se considere modal, porque tambien en este caso tiene precisa obligacion de cumplirlo, o perder la sucesion, y que passe al siguiente en grado, como lo resueluen los Dotores proximè citati, & Bald. in l. Arethusa, lect. 1. n. 7. de stat hom. Bart. in l. 1. n. 25. ff. de condit. & demonstr. latè D. Molin. vbi proximè, & c. 13. à n. 4. Mier. d. q. 4. illat. 8. à n. 271. Num. 85. Y aunque se tenga por preceto modal.

Y la otra, respeto del dicho don Iuan de Argote, que demas de ha- Num. 86.

D. Iuã de Argote està impedido, por auer sido Religioso profesſo.

de hallarſe en linea poſtergada, y mas remota, donde nunca entrò la ſucceſsion, non parui momenti eſt, la calidad de auer ſido Religioſo profeſſo, aunque agora ſe halle en habito, y poſſeſſion de ſecular; por ſentencia que declarò por nula la profeſsion, porque por ambas las dichas diſpoſiciones, ſe hallan excluydos los Religioſos, de qualquiera calidad que ſean, & ſecure poteſt affirmari, quod attenta veritate, lo es don Iuan, y aunque vuiera ſido confirmada por otras dos conformes, nunquam tranſiret in rem iudicatam, ex text. in cap. lator, cum ſimilib. de ſenten. & re iudic. latè Thom. Sanchez de matrim. lib. 7. diſput. 100. per tot. Gratian. diſceptat. forenſ. cap. 850. per tot. Maximè, en perjuyzio de don Fernando Ioſeph, que no fue citado para el pleyto, y con el ſe aura de litigar, y no como ſe litigò, vt reſoluit Albericus, in l. ingenuum, nu. 2. ad finem, ff. de ſtatutioni. Bald. in l. 2. num. 6. C. quibus res iudicata non nocet, & ibi, Salicetus num. 2. Abbas, in cap. 1. quanuis num. 17. & 12. de ſententia, & re iudicat. Alexander in l. ſæpè, ff. de re iudicata, nu. 24. 51. & 60. lib. 6. practicarum, cap. 13. nu. 5. Peregrin. de fideicomm. art. 53. n. 14.

Num. 87. Las fundadoras puſieron cuidado en q̃ los ſucceſſores fueſſen ſin excepciõ, ni nota.

Quinimò, que aunque verè, & realiter aya dexado de ſerlo, baſta auerlo ſido para el intento de las fundadoras, que procuraron quanto les fue poſsible, que las perſonas que vuieſſen de ſuceder fueſſen mayores de toda excepcion, y ſin alguna nota, mandando que las hembras ſe caſaſſen con los de la familia, y los varones con hija ſdalgo, y otras muchas, que ſe refieren en dichas fundaciones, y es de mucha conſideracion la conjectura, que ſe ſaca de la calidad de los llamamiẽtos l. ex facto 17. §. ſiquis rogatus 4. ff. ad Trebell. cum ibidem traditis per Rip. num. 66. Bald. in cap. quæ in Eccleſiarum num. 43. de conſtitut. Cald. Pereyr. parte 3. de nominat. Emphyteo. quæſt. 19. num. 18.

Num. 88. D. Fernãdo Ioſeph funda ſu inclusion en el llamamiẽto de los hijos, y deſcendientes varones del primer llamado.

Por la fundacion primera de doña Franciſca de Aguayo, y la de don Alonſo de Aguayo ſu hijo, otorgadas en vn miſmo dia, por vna miſma cauſa, y con los miſmos llamamientos, funda ſu derecho don Fernando Ioſeph, para la ſucceſsion, y tenuta que pretende, porque el primero llamamiento fue de don Diego de Argote ſu hijo, y de ſu hijo varon mayor, y de ſu nieto, y biſnieto, y los deſcendientes de ellos varones mayores, con tanto que tuuieſſen nombre, y apellido de Argote. Y el ſegundo ſe formò aſsi. *E ſi vos el dicho Diego de Argote no tuuieredes, ni dexaredes hijo, ni nieto, ni biſnieto varon legitimo, vengan los dichos bienes, è los aya vueſtra hija mayor legitima de legitimo matrimonio, è deſpues de ella ſu hijo, nieto, è biſnieto, è los deſcendiẽtes de ellos varones mayores, y en defeto de varon la hija mayor legitima, por el orden ſuſodicho.*

Num. 89. *Y ſi Diego de Argote no tuuieſſe, ni dexaſſe hijo, ni nieto varon, ni hem-*

hembra legitimos, llamò en tercero lugar a su hermano mayor, y a su hijo, è nieto, y los descendientes de ellos mayores varones, y en defeto de varon su hija mayor legitima, y despues llamò a el pariente mas propinquo, todo por la forma, y orden, que los dichos fundadores dexauan dada en las clausulas precedentes, conforme a los quales llamamientos la prelacion de don Fernando Ioseph es conocida. Porque llamandose como se llamaron en primero lugar el hijo, y nieto, y demas descendientes varones de Diego de Argote su inclusion, y la exclusion de doña Catalina son literales, ex dictis supra à num. 33. maximè à num. 38.

Y por la substitucion del hermano, y sus descendients varones.

Rursus, porque si quiere doña Catalina entrar por el llamamiento tacito de la l. cum Auus, ff. de condition. & demonstrat. y de la l. de Partida, le obstan dos fundamentos irrefragables. El vno, que no solo està preferido el dicho don Fernando por el llamamiento continuado de varones en lo dispositiuo, sino en lo condicional con que las hembras quedaron enixa, y gemina damente excluydas del grado, que conforme a la naturaleza regular de la sucesion, les podia competir, y con llamamiento posterior a los varones, aunque sean de grado mas remoto, ex fundatissime, & sæpè dictis, num. 41. & 42. que es el caso en que todos reconocen, que la doctrina de Bartulo es seguritissima, y muy conforme a razon.

Num. 90. Dª Catalina no se puede valer de la conjetura de la l. cũ auus, &c.

El otro fundamento es, que las hembras tienen su llamamiẽto discretiuo despues de todos los descendientes varones, de donde precisamente se infiere que no le tuuieron tacito, ni expresso en los grados antecedentes, sino posterior a todos, y despues de todos los varones llamados en lo dispostiuo, y puestos en lo condicional, ex dictis supra, & omnino videndis num. 24. 44. vsque ad num. 49. Sesse decis. 410. à num. 39. quia esse absurdum, que las hembras llamadas en defeto de los varones descẽdientes vuiessen de preferirse a ellos, l. si filius, §. cum filius, ff. de bon. liber. ibi: *Qui sequentis gradus sunt non admittuntur interim*, l. hæredes mei, §. fin. ff. ad Trebell. ibi: *Propter gradus fideicommisso præscriptos*, optimè Mantic. de coniectur. lib. 8. tit. 18. num. 19. Mattheo de Afflict. in cap. 1. de eo qui sibi, & hęred. suis, num. 4. notab. 8.

Num. 91. Las hẽbras tienen llamamiẽto discretiuo despues de todos los varones.

Y aunque en algunas substituciones de la dicha fundacion en defeto de varon, se llamaron las hembras, que suele ser indicio de que los llamamientos de varones son regulares, y no solo para introduzir la sucesion en ellos, pero siempre los fundadores conseruaron el mismo intento de preferir a todos los varones descendientes de la linea donde entroncasse la sucesiõ,

Num. 92. Las fundadoras perseuerarõ siẽpre en el intẽto de preferir a los varones de la linea del possee-dor.

I añá-

añadiendo las palabras, *Por la orden susodicha*, declaratiuas de la misma forma, y orden que auian dado en el primero llamamiento, iuxta Authent. de heredib & falcid. §. si quis autem non implens, vers. *Si vero nulla*, ibi: *Secundum prius à nobis traditum ordinem*, & in §. hæc autem dicimus, ibi: *Secundum prius à nobis inuentam in talibus viam*, Authent. de restitut. fideicomm. in princip. l. talis scriptura, §. fin. ff. de legat. 1. Bart. in l. qui liberis 8. §. hæc verba, n. 7. ff. de vulg. Honded. cons. 49. nu. 47. 48. & 49. lib. 4. Raudens. de Análog. c. 15. n. 303.

Num. 93. Las fundadoras se presumẽ auer comunicado sus disposiciones, y no quererse corregir.

Ad quod plurimum influunt, las dos disposiciones, y fundaciones de las dichas doña Ines, y la vltima de la misma D. Francisca, in quibus apertissima est prælatio masculorum remotiorum lineæ possessoris, vt probatum stat supra, in partit. & 2. part. pues siendo los mismos fundadores, y personas tan conjuntas, se ha de presumir que sus disposiciones las aurian comunicado, y que en todas ellas tendrian vna misma voluntad, tum, para euitar la correccion, y perplexidad entre si mismos, y entre las mismas disposiciones, l. nam ad ea, ff. de condition. & demonstrat. l. eum qui, §. fin. ff. de his quib. vt in dig. Tiber. Decian. cons. 82. num. 14. volum. 3. Mantic. de coniectur. libr. 11. tit. 23. num. 15. erudito in specie D. Præses Valençuela, cons. 97. num. 48. & seqq.

Num. 94. Ni dar ocasion para que se diuidiessen los bienes, y mayorazgos.

Tum etiam, porque no se deue presumir despues de auer cuidado tanto por la vnion de la sucesion en todos sus bienes, llamando a vnas mismas personas, y por el lustre de aquel matrimonio, y de los descendientes de el, quisiessen ocasionar a que se diuidiessen los dichos mayorazgos, argumento, text. in leg. quæsitum 12. §. vxores, ff. de fund. instruct. ibi: *Neque enim duram separationem iniunxisse credendus est*. Quæ consideratio adeò fortis est, que aun en diferentes fundadoras, siendo de vna misma familia, se tiene por concluyente presumpcion para la vnion de las disposiciones, leg. Dominus Sticho, §. testamento, ff. de pecul. legato. ibi: *Cum hoc ex consuetudine domus esset*, Stephanus Federicus de qualitat. contractuum, cap. 38. numer. 31. versicul. *Et sicut*, ibi: *Et sicut hoc verbum progenies acceptum fuit à patre in suo testamento ita etiam à filio acceptum præsumitur qui eodem nomine vsus fuit ne voluntatum, & interpretationum deformitas sequatur*, fol. 63. Ang. & Immola, in l. 3. ff. de testament. & cum alijs Alexander Trentacinqu. de substitution. parte 4. cap. 7. numer. 12. versic. *Quæ conclusio ampliatur*, Bernard. Laurentius, de potestat. regul. cap. 21. num. 18. fol. 43. colum. 2.

Excluy-

Excluyda pues doña Catalina lo queda tambien don Iuan de Argote auiendo aqui por repetidos los fundamentos ponderados para la resolucion de el tercero punto de la segunda parte, supra à num. 51. y llano el no auerse le diuidir estas fundaciones, ser el verdadero sucessor en todas ellas don Fernando Ioseph de Argnte, y deuerse de dar la tenuta, y possesion de todos ellos, con que se cumple con el fin de los fundadores, y mira por la conseruacion de familia tan ilustre, y en caso que doña Catalina tenga algun derecho, quedan prouey-dos y remediados dos descendientes tan cercanos al vltimo possedor, como doctamente lo considerò el señor Molina de primogen. lib.2.cap.13.num 26. donde en los mismos terminos dize. *Sed vt ea muliere stante vtrisque consuletur*. Quod ita iudicamus speramus. Salua,&c.

Num.95. Resolucio de lo lo dicho en este discurso.

Num. 2.
Prohíbese á los
jueces dar
dinero en este
distrito.